DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA, DE HYPOTHECA TACITA PROPTER PECUNIA...

Christian Thomasius, Simon Morgenstern, Valenti Gonzaga



CONSPECTUS DISSERTATIONIS.

CAP. I.

Siſtens generale fundamentum hujus hypothecæ.

§. 1. R*Egula de fundamento hypothecæ tacitæ.*

a) Ejus generalis hypothecæ cur appellentur tacitæ & non potius legales. b) Regula hæc non legibus debetur, ſed interpretibus. Ejus occaſio & ratio.

§. 2. *Senſum ejus variæ limitationes & ampliationes pervertunt.*

c) Quis ejus ſenſus genuinus? An legis nomine hic comprehendatur conſuetɑ. d) Exempla reſtrictionum & ampliationum. 1) Requirunt textum expreſſum juris communis. (Hujus reſtrictionis inconveniens applicatio ad hypothecam ſponſæ propter dotem.) Et tamen opinioni communi eandem vim tribuunt. 2) Non admittunt legis rationes; in aliis caſibus eas admittunt. 3) Excludunt præjudicia & uſum forenſem; in aliis exemplis hæc pro fundamento agnoſcunt.

§. 3. *Statuta ſunt genuinum fundamentum hypothecæ tacitæ. Et tali fundamenta gaudet hypotheca noſtra.*

e) Probatio theſeos per rationes & exempla. f) Quo fundamento nitatur hypotheca pecuniæ luſtricæ in Saxonia aliisque provinciis? g) Verba legis provincialis Magdeburgicæ. Methodus dicendorum.

CAP. II.

De origine ac fine pecuniæ luſtricæ, deque fundamento ſpeciali hypothecæ quoad hanc pecuniam introductæ.

§. 1. *Pecunia luſtrica quid?*

a) Unde dicta luſtrica? Judicium de iis, qui de pecunia luſtrica ſcripſerunt. b) In quo conſiſtant dona luſtrica? c) An baptizatis offerantur? d) An huc pertineant dona eorum, qui non ſunt patrini? e) Genuinus horum donorum finis indicatur & ſpurii rejiciuntur.

§. 2. *Nulla hujus pecuniæ in jure fit mentio. Origo an à perſecutionibus Chriſtianorum petenda?*

f) Locus Juris Juſtinianei de patrinis concernit cognationem ſpiritualem cujus doctrinæ antiquitas indicatur. Varia juris Canonici loca de patrinis, de munuſculis nullus. Quomodo in hoc juris ſilentio ſibi conſulant Doctores. g) Inquiſitioni de origine pecuniæ luſtricæ præmittenda origo patrinorum. Variæ de ea ſententiæ. Nos eam ſeculo ſecundo adſcribimus; quæ ſententia conciliatur cum reliquis. Occaſio patrinorum non petenda à teſtibus in baptiſmo adulterum præſentibus, ſed à pædobaptiſmo, quam opinionem defendimus, purgatam tamen à fabulis, quarum inconvenientia oſtenditur, & concluditur, perſecutiones non dediſſe occaſionem pecuniæ luſtricæ.

§. 3. *Vera ejus origo & finis.*

h) Anſam ei dederunt 1. Ceremoniæ ſumtuoſæ, item honorarium pro baptiſmo ſolvendum. i) 2. Convivia baptiſmalia, quorum uſus repetitur ab agapis, ad quas baptizati poſt baptiſmum admittebantur. Hæ uti in genere degenerabant in comeſſationes & comporationes; Ita in ſpecie tales inſtituebantur poſt ſolennem baptiſmi adminiſtrationem; Unde in his conviviis etiam invaluit mos donandi.

Hujus moris progressus. *k*) Donorum lustricorum receptio apud Germanos non tam tribuenda causis n. 1. adductis, quam conviviis. Luxus conviviorum auxit luxum donorum. Varia legum & conciliorum loca hos abusus notantia; quibus confirmatur, pecuniam lustricam dari in remunerationem sumtuum convivialium. *l*) Quod & de moribus hodiernis probatur.

§. 4. *Acquiritur hæc pecunia parentibus. Unde nulla est hypotheca liberorum.*

m) Communis opinio, quod acquiratur liberis. Ejus argumenta examinantur. Imum est oblatio liberis facta. 2. acceptio nomine liberorum. 3. pietas & exorbitantia hujus donationis. 4. solennitas ejus. 5. autoritatis Rescripti Dresdensis. *n*) Parentes non sunt obligati eam in utilitatem liberorum expendere; neque iis asservare. *o*) Cum hypotheca corruunt & reliqui effectus domini liberis tributi.

§. 5. *Ansam hypothecæ dedit doctrina de peculio huc applicata; in qua tamen mire dissentiunt.*

p) Hæc applicatio repugnat tum moribus Germaniæ, tum ipsis juris Romani principiis. *q*) Doctores qui hanc pecuniam referunt ad peculium castrense; *r*) ad quasi castrense; *s*) ad adventitium ordinarium; *t*) ad adventitium extraordinarium; *u*) ad profectitium. *x*) Alia opinio eorum, qui eam pro qualitate doni vel adventitio vel profectitio adnumerant, *y*) vel judici decisionem relinquunt. *z*) Cur nos nullum hic statuamus peculium.

§. 6. *Cui sententiæ inventio hypothecæ tribuenda. Ejus fundamentum speciale.*

aa) Qui peculium profectitium defendunt, nullam agnoscunt hypothecam. *bb*) Quoad adventitium ordinarium leges concedunt quidem filiis proprietatem, non vero hypothecam. Ea ergo est inventum interpretum. Nova Carpzovii ratio pro ea stabilienda examinatur. Approbatio hujus hypothecæ in Saxonia & Ducatu Magdeburgico. Huic natales debet hypotheca pecuniæ lustricæ. An primus ejus autor Carpzovius. Progressus hujus sententiæ & confirmatio in lege nostra provinciali. *cc*) Ei adhærent adsertores reliquorum peculiorum, sed invita juris ratione, quod probatur tam de peculio castrensi & quasi castrensi, quam de adventitio irregulari. *dd*) Vera hujus hypothecæ ratio misericordia erga liberos.

Cap. III.

De qualitatibus & usu hujus hypothecæ.

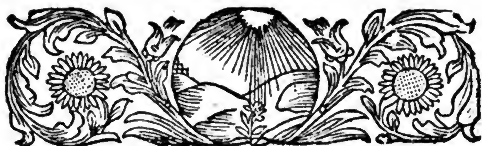
§. 1. *Qualitates hujus hypothecæ quænam?*

a) Eas recensemus ex doctrina communi. Ima est, quod detur liberis. An etiam eorum heredibus? An in specie matri? Mevio dissentienti respondetur. An cessionario? *b*) II. quod detur in bonis parentis. An in bonis matris? item tertii cui credita est? An tunc liberetur pater? *c*) III. à tempore administrati baptismi. *d*) IV. Ad consequenda munuscula à patrinis donata. Quid circa eorum demonstrationem obtineat. Peculiaris constitutio in Saxonia quoad quantitatem horum numerum. An & usuræ peti possint? Beutheri opinio examinatur, ut & alia JCtorum Jenensium. Cur non agamus de his qualitatibus secundum præsupposita nostra.

§. 2. *Quæstio de usu hujus hypothecæ.*

e) Ejus exempla in Saxonia aliisque provinciis. *f*) in Ducatu Magdeburgico. *g*) Rationes pro defendenda praxi Saxonica & reliquarum provinciarium. Earum insufficientia ostenditur. Dubia adversus praxin Magdeburgicam.

DISSER-



DISSERTATIO INAUGURALIS

De

HYPOTHECA TACITA PROPTER PECUNIAM LUSTRICAM.

Cap. I.

Siſtens generale fundamentum hujus hypothecæ.

§. I.

INter regulas, quæ de hypotheca tacita *(a)* a Doctoribus dari ſolent *(b)*, prima eſt & præcipua: quod *absque lege* non ſit admittenda hypotheca tacita. Regula de fundamento hypothecæ tacitæ.

(a) Quid per *hypothecam tacitam* intelligatur, ex Pandectarum doctrina notum eſt, itaque non opus habemus, prolixam terminorum explicationem hic inſtituere. Id tantum obſervationem meretur, qui factum ſit, ut magis in uſu obtineat hypothecæ *tacitæ* appellatio, quam *legalis*, cum tamen poſterior ejus naturam accuratius exprimat quam prior. Tacitum opponitur expreſſo; quemadmodum itaque hypotheca expreſſa denotat eam, quæ per pactum expreſſum conſtituitur, ita tacita debebat denotare *Ejus generis hypothecæ cur appellentur tacitæ & non potius legales?*

eam

eam, quæ nascitur ex consensu tacito e factis & circumstantiis eliciendo, ut adeo proprie intelligenda esset ista hypothecæ species, quæ a Doctoribus appellatur *Conventionalis tacita*, de qua peculiari dissertatione egit B. Hertius. Verum ista species secundum communem loquendi usum non intelligitur, sed potius ea, quæ ex legis dispositione inducitur, non concurrente conventione hominum neque expressa neque tacita, *vid.* B. Stryckii *Us. mod. Pand. tit. de tacit. pign. §. 4.* ubi & suppeditatur definitio *taciti* in hunc sensum accommodata, quod scilicet sub eo comprehendatur id, quod fit ex legis dispositione solitaria absque concurrente facto hominis, quod alias ad tale negotium constituendum necessarium est. Unusquisque facile cognoscit, quam aliena sit ista definitio a genuino vocis usu & a requisitis taciti generalibus, de quibus consuli possunt Dn. Præsidis *Institutiones Jurispr. divinæ lib. 2. c. 7. §. 18. seqq.* multo minus autem ea quadrare videtur in applicatione ad hypothecam tacitam. Legis enim hypothecam tacitam introducentis dispositio debet esse expressa, ergo & hypotheca (tanquam effectus, qui ex legis dispositione nascitur) tacita dici non potest, aut saltem in hoc significatu illa appellari potest tacita, quæ in consuetudine tanquam lege tacita fundamentum suum habet. Si excipias: non dici tacitam intuitu legis, sed respectu eorum, quibus conceditur, aut in quorum bonis constituitur; obstat communis definitio, in qua dicitur, non adesse partium conventionem neque expressam, neque tacitam. Quomodo igitur appellari potest hypotheca tacita, a proprietate quæ in ea non occurrit? Etsi vero hæc ita se habeant, prævaluit tamen hypothecæ tacitæ appellatio, cujus origo petenda est e philosophia in legibus Codicis contenta; Ex legibus enim Pandectarum nulla ratione defendi potest. Extat quidem *lib. XX.* titulus: *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur;* Invenimus eodem titulo *l. 4.* clare definitum, quod ea, quæ in prædia urbana illata sunt, pignori esse

ri esse credantur, *quasi id tacite convenerit*; & *l. 7. cod.* quod in prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, *tacite intelligantur pignori esse* domino fundi locati, *etiamsi nominatim id non convenerit*, quibus addi possunt *l. 4. ff. de pactis* & *l. 3. C. in quib. caus. pign. tac. contrah.* aliæque plures. Verum in omnibus istis locis adest genuina *taciti* acceptio, & apparet simul ex iisdem, quod secundum doctrinam veterum JCtorum non exclusa fuerit conventio tacita, sed potius subintellecta atque præsupposita. Inconveniens itaque fuit, quod, cum Imperatorum temporibus & inprimis Justiniani ætate novæ quædam hypothecæ species prioribus adderentur, in quibus ad facta & conventiones tacitas partium non respiceretur, sed ad solam legis voluntatem, vid. *l. 20. C. de administr. tut. l. 1. C. Comm. de legat. l. un. C. de R. U. A.* nihilominus iis tacitæ hypothecæ nomen tributum fuerit, cum tamen rectius *legales* appellari debuissent, utpote omnem vim a sola lege accipientes. Ista autem inconvenientia ab interpretibus non fuit observata. Uti enim hi turpe existimant, sine lege loqui, ita multo turpius imo pro piaculo duxissent, improbare velle nomen in legibus expresse stabilitum, quare potius ad illud defendendum formarunt sibi novum *taciti* conceptum supra a nobis adductum. Ea igitur ratione factum est, ut illa appellatio ad nostra usque tempora religiose observata, & præ legali in usum deducta fuerit. Hæc vero non eum in finem observamus, quasi tollendum existimemus hypothecæ *tacitæ* terminum longo usu & plusquam immemoriali præscriptione confirmatum, sed nobis sufficit indicasse ejus originem, qualitatem & progressum, ac probe memores triti illius: Verba valere sicut nummos; ipsi eo utimur & absque scrupulo utemur. Interim diffitendum non est, JCtos, qui accuratius loqui amant, frequentius usurpare terminum hypothecæ *legalis*, rarius *tacitæ*, quod & facit Huberus in *Prælectionibus ad h. t.* & e Gallis Balduinus *in tr. de pign. & hypoth. cap. 7.*

Regula hæc non legibus debetur, sed interpretibus.

b) *Doctoribus* tribuo istam regulam, non *legibus*. Nulla enim adest lex, quæ eam expresse contineat. Facere quidem huc videntur *l. 1. C. Comm. de legat. l. un. de R. U. A. it. l. 6. in f. C. de bon. quæ lib.* in quarum priori clara occurrunt verba: *non abs re est, etiam in præsente casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente* ab ipsa lege *induci possit.* Verum dictæ leges nihil amplius probant, quam quod in casibus ibi tractatis per legem inducta sit hypotheca, quod & docent verba: *in præsente casu, in hoc casu &c.* De regula vero generali, quod absque lege non statuenda sit hypotheca tacita, altum est silentium. Unde & Doctores, qui ea utuntur potius in autoritatibus Interpretum ejus fundamentum ponunt. Ita Lauterbachius in *Comm. Theor. pract. h. t.* §. 4. ad Bachovium provocat & Carpzovium, Stryckius in *Us. mod. h. t.* §. 4. his adjungit Mollerum & Merlinum; alios videas apud Bergerum in *Elect. Discept. forens. T. I. p. 1490. Obs. I.* inter quos tamen Carpzovius rursus primas tenet. Hic uti variis in locis mentionem hujus regulæ fecit, ita potissimum *P. I. Const. 28. def. 118. n. 4.* pro ea probanda venerabile nomen Glossæ atque autoritatem Baldi adducit.

Ejus occasio & ratio.

Formandæ autem huic regulæ sine dubio occasionem dederunt exempla hypothecarum in Codice occurrentia, quarum quælibet speciali legis dispositione nititur. Inde deducta fuit conclusio universalis, quod sine lege nulla sit admittenda hypotheca. Et quamvis in eo aberraverint Doctores, quod casus ex Pandectis tit. *in quib. causis hyp. tac. contr.* paulò ante adductos tanquam exempla ad hanc regulam pertinentia consideraverint, cum tamen in iis non ad legem, sed ad tacitam conventionem respectus habeatur; nihilominus in reliquis regula hæc juris ratione non destituitur. Etenim negari non potest, hypothecas tacitas introductas fuisse propter favorem vel causæ vel personæ; Hujus itaque favoris determinatio non nisi a legislatoris voluntate dependere potest, quia alias hypothecæ tacitæ multiplicarentur in infinitum.

§. II.

§. II.

Experta eſt hæc regula idem fatum, quod alia juris brocardica. Non enim genuino ejus ſenſui *c)* inhæſerunt interpretes, ſed varias reſtrictiones atque ampliationes ei adjecerunt *d)*, quibus nihil aliud effectum eſt, quam ut uſum regulæ dubium reddiderint atque ancipitem, variisque diſſenſionibus anſam ſuppeditaverint. Senſum ejus variæ limitationes & ampliationes pervertunt.

c) Si quæras, quis ejus ſit ſenſus genuinus, inſpice quæſo verba prout jacent, & repete ex *tit. ff. de L. L.* quid legis nomine veniat; Unde ſua ſponte fluet ſequens deſcriptio regulæ noſtræ: *Quod ubi deficiat, legis ſive communis, ſive provincialis, ſive ſcripta ſive non ſcripta diſpoſitio, ibi quoque non fingi debeat hypotheca tacita a juris interprete.* Conf. Stryck. *Uſ. Mod. h. t. §. 19.* Dubium tamen videri poterat, utrum lex non ſcripta, ſive *conſuetudo* recte referatur inter fundamenta hypothecæ tacitæ. Si enim ejus conſtitutio a legislatoris voluntate unice dependet, uti ſub finem *not. praced.* dictum eſt, non admitti poterit, per ſubditorum actus eundem juris favorem introduci poſſe. Verum uti ex *eod. tit. de L. L.* notum eſt, non ſolos ſubditorum actus, ſed potius accedentem tacitum principis conſenſum efficere conſuetudinem, ita nihil obſtat, quo minus tacitæ principis voluntati etiam ratione hypothecæ introducendæ eandem efficientiam tribuere poſſimus, quam in aliis cauſis habet, & valebit hic ſine dubio etiam tritum illud: Tacitum idem operari atque expreſſum. Unde non inconvenienter fecit Sandius, dum in *Decif. Friſic. lib. 12. tit. 3. def. 1.* regulam noſtram ſic enunciat: Nemini tacita hypotheca competit, niſi *moribus* vel legibus ſit introducta. Ceterum neceſſe eſt, ut is, qui ejusmodi hypothecam moribus, vel conſuetudine receptam adſerit, eam legitime probet, niſi ſit notoria. *Quis ejus ſenſus genuinus? An legis nomine hic comprehendatur conſuetudo?*

d) Inter reſtrictiones ſeu limitationes prima eſt, quod per legem, quæ hypothecam inducere debet, intelligant textum expreſſum juris Juſtinianei vel etiam Canonici. Ubi *Exempla reſtrictionum & ampliationum.*

i) requirunt textum expressum juris communis.

Ubi itaque deficit *textus juris, qui casum continet in terminis*, ibi locum non habet hypotheca. Hac restrictione subinde utitur Harpprechtus in Dissertationibus duabus, quas inscripsit: *Scrutinium XIIX. hypothecarum & Trutinam XX. pignorum tacitorum*; uti passim citatur in Stryck. *Us. mod. h. t.* Imo ipse Stryckius hanc limitationem iterata vice adducit.

(Hujus restrictionis inconveniens applicatio ad hypothecam sponsæ propter dotem;)

Ut unum saltem afferam exemplum §. *8. l. c.* sponsæ denegat hypothecam tacitam in dote prænumerata ex hac ratione principali, quia leges sponsæ non idem privilegium concesserunt, quod uxori indulserunt. In quo tamen exemplo (quod obiter moneo) ista ratio valere haud potest, cum casus de sponsa sub dispositione de uxore jam contineatur, adeoque speciali lege non opus habeat. Licet enim in *l. un. C. de R. U. A.* in qua fundatur hypotheca tacita uxoris, nulla fiat mentio sponsæ, tamen ex aliis textibus satis apparet, eam dotis ratione iisdem cum uxore juribus frui. Vid. *l. 5. C. de bonis quæ lib.* ubi confirmatur sententia Juliani, qui de dotali prædio *idem jus* tam de sponsa quam uxore observari arbitratus est, & quemadmodum ante introductam a Justiniano hypothecam tacitam sponsæ æque ac uxori competebat privilegium exigendi dotem ante omnes pene mariti creditores personales *l 17. ff. de reb. aut. jud. poss. l. 74. de jur. dot.* ita & sine dubio comprehensa est sponsa in dispositione de hypotheca tacita, quam Justinianus isti privilegio superaddidit, cum ea in re nihil immutaverit, nec ullibi favorem istum sponsæ ademerit, sed potius pro ea, qua erga sexum muliebrem ferebatur misericordia, pari favore dignas esse voluerit eas, quæ oneribus matrimonii sese submittere paratæ erant, quam illas, quæ matrimonii incommoda expertæ erant: Accedit, quod dos, quam sponsa prænumeravit, magis dotis nomine digna sit, quam dos tantum promissa, cujus tamen ratione marito conceditur hypotheca tacita in bonis promittentis *ead. l. un. §. 1. C. de R. U. A.*

Et tamen opinioni com-

Sed ut ad limitationem, de qua nobis sermo est, revertar, ea in genere parum cohæret

hæret cum propriis eorum principiis, qui ea utuntur. Dum enim non solum statutis & consuetudini, sed etiam opinioni Doctorum communi eandem tribuunt efficaciam, ut hypothecæ tacitæ fundamentum esse possint, neutiquam intra cancellos juris civilis vel canonici illud beneficium includi poterit, quin potius eo ipso suppeditant ampliationem priori limitationi directe oppositam, quæ hæc est: Ubi adest *communis opinio Doctorum*, ibi sufficiens est causa introducendæ hypothecæ tacitæ. Et ne sine exemplis loquar, ipse Harpprechtus de hypotheca tacita Ecclesiæ in bonis prælati, quam propter defectum legis rejecerat, ita concludit: Interim ista traditio non solum *unanimi omnium suffragio*, verum etiam rerum ita judicatarum indubia autoritate nititur, in *Trutina XX. pign. tac.* §. 3. & §. 4. ad quæstionem: An Salaria ministrorum ecclesiæ ex certo fundo debita hac hypotheca gaudeant; primo negative respondet, postea tamen subjicit, affirmativam sententiam esse *communem*, nec facile ab ea recedendum. Cur ergo in aliis paragraphis inculcat: Hæc definire non esse interpretis, sed legislatoris; ad jus taciti pignoris fundandum, nec glossarum autoritatem, nec mille Doctorum numerum sufficere &c. Eadem ampliatione utitur B. Stryckius in *Us. Mod. h. t.* § 16. occasione hypothecæ, quæ civitati in bonis administratorum tribuitur, ubi adserit: Non facile ob leve aliquod dubium a sententiis in *praxi* (i. e. a Doctoribus practicis) receptis discedendum esse. Hoc itaque in casu defectus legis leve ipsi videtur dubium, quod tamen in casu de hypotheca sponsæ concedenda maximi momenti esse putaverat. Huc pertinet etiam decisio Sandii *Decis. Fris. lib. 3. tit. 12. def. 8.* cujus tota ratio, cur fundus, super quo annuus reditus est constitutus, pro isto reditu censeatur hypothecæ obligatus, consistit in hoc, *quod ita statuant* Joh. Faber, Matth. de Afflictis, Alciatus, Boërius, aliique quos citat. Et sic numerus affirmantium ei pro lege est. Altera limitatio concernit legis rationes, de qua sic statuunt: Quod

muni eandem vim tribuunt.

2) non admittunt legis rationes.

Quod deficiente lege non locum habeat hypotheca, *licet adsit par vel major ratio.* Ejus fundamentum quærunt in regula: Quod ea, quæ contra juris communis rationem introducta sunt, non facile trahenda sint ad consequentias. Hinc secundum Bergerum in *Oecon. juris p. 514.* hypotheca tacita, quæ competit fisco in bonis debitorum ex contractu non potest proferri ad ecclesiam, quia lex de Ecclesia silet, & hypotheca tacita *tanquam argumentum juris singularis ne quidem ob majoritatem rationis, ut vulgo loquuntur, extendi potest.* Hinc hypothecam ejus, qui credidit ad refectionem ædium extendi non posse putant ad novæ domus confectionem, *blandiente licet similitudine rationis*, vid. Huberus *in Prælect. h. t. §. 8.* Hinc hypothecam non dari in bonis Curatoris absentis, cum Carpzovio affirmat Stryckius *Us. Mod h. t. §. 18.* quia quæ minoribus & pupillis specialiter concessa *non possint extendi* ad absentes. Ex eadem ratione Harpprechtus *in Scrutin. XIIX. hypothecar. §. 16.* collegiis opificum denegat hypothecam in bonis administratorum &c. Sed audi ampliationem huic restrictioni contrariam: Ultra casus expressos extendi non debet hypotheca, *nisi subsit prægnans ratio.* Agnoscit eandem Bergerus, & quod eo magis mirandum, circa eundem casum, de quo ejus restrictionem paulo ante adduximus. Ita enim in *Enarrat. L. X. de jure fisci §. 38.* Non facile, inquit, erraverimus, si eam prærogativam (hypothecam scilicet fisci in bonis debitorum ex contractu) etiam ad ecclesiam pertinere dixerimus &c. Qui dissentiunt, clamant, legem sine qua hypotheca tacita constitui non potest, tacere. Ego vero dixero, non tacere. Verba legis tacent. At legis anima, ratio non conticescit, in qua omnis vis posita est. JCto non verbis inhærendum est, sed inquirendum in rationem legis, ut *ubi repererit eandem vel majorem subesse rationem*, jus non tam ad similes casus producat, quam in iis suapte vi comprehendi indicet &c. Sic *prægnantior mercaturæ ratio* dedit occasionem producendi hypothecam ob refectionem ædium concessam ad refectionem na-

In aliis casibus eas admittunt.

navium, ut de moribus Hollandiæ ex Grotio testatur Huber. *in Prælect. h. t. §. 8.* Sic B. Strykius *Us. Mod. h. t. §. 14.* extensionem hypothecæ minoribus & pupillis concessæ ad administratores bonorum ecclesiasticorum admittit ideo, quod in genere privilegia pupillorum ecclesiis accommodari soleant & ejusmodi administratores tutoribus æquiparentur, seu brevius, *ob paritatem rationis.* Et Harpprechtus *d. l. §. 15. & 16.* hypothecam civitatibus in bonis administratorum suorum tribui solitam propter usualem *l. ult. C. quo quisqu. ord. conv.* interpretationem approbat. Tertia limitatio est: *Usum forensem* & *præjudicia* non esse fundamentum hypothecæ tacitæ. Ita Bergerus *in Electis Discept. forensf. T. I. p. 1500.* rejicit hypothecam tacitam in bonis furis pro quâ Carpzovius *P. 4. C. 39. def. 10.* aliique pronunciarunt, atque addit, se audacter non definire, an præjudiciis hypotheca tacita constituatur. Aliud exemplum suppeditat hypotheca rusticorum in bonis venditis pro pretio, de qua Schilterus *Exerc. XXXIII. §. 39.* testatur, quod in provinciis Saxonicis per longam consuetudinem & observantiam introducta sit, nihilominus eam negavit Carpzovius *P. II. Const. 23. def. 19.* & cum eo B. Strykius *Us. Mod. h. t. §. 20.* it Bergerus, aliique. Verum & quoad hanc limitationem deprehendimus apud Doctores ampliationem ei oppositam; scilicet quod *usus fori æquipolleat legi* expressæ in introducenda hypotheca tacitâ. Defendit eam Bergerus variis in locis; In *Electis Discept. forens. T. I. p. 1498. not. 5.* usui fori Saxonici adscribit hypothecam ratione pecuniæ lustricæ; qua de re *§. 3. lit. f)* agemus pluribus. Idem in *Enarratione l. 10. ff. de jure fisci §. paulo ante citat.* de hypothecâ tacitâ, ecclesiæ in bonis debitoris tribuendâ sic tandem concludit, *usum fori* atque *observantiam*, de qua passim testentur Doctores hanc hypothecam tueri atque confirmare. Defendit eodem in loco Carpzovium pro hypothecâ tacitâ in bonis furis pronunciantem; Respondet Lauterbachio, juris expressi autoritatem hic desideranti, eandem vim obti-

3. Excludunt præjudicia & usum forensem.

In aliis exemplis hæc pro fundamento agnoscunt.

obtinere *mores, observantiam atque prudentum auctoritatem.* Annectit aliud exemplum hypothecæ tacitæ, scilicet nomine alimentorum legatorum ex certo fundo, quæ licet jure Romano constituta non sit, tamen *moribus & usu fori*, qui vim legis obtinent, invaluerit &c. Eadem ratione Harpprechtus *cit. Diss. §.3.* circa quæstionem: an ecclesiæ in bonis administratorum suorum competat hypotheca, affirmativam ex jure quidem defendi non posse putat, *trituram fori* tamen hic certam esse & indubitatam existimat. Item Strykius in *Us. Mod. h. t. §. 9.* ratione hypothecæ uxori pro alimentis competente, sententiam affirmativam eo magis applausum invenire putat, quod pro eâ in Camerâ sit *pronunciatum.* Apparet ex hoc limitationum & ampliationum specimine, quam incertam reddiderint Doctores regulam nostram, in se planam ac perspicuam, & quam amplus se iis aperuerit campus fingendi novas hypothecarum species, easque e classe hypothecarum eliminandi, prout imaginariæ æquitatis ratio id postulare visa est.

§. III.

Statuta sunt genuinum, fundamentum hypothecæ tacitæ. Et tali fundamento gaudet hypotheca nostra.

In eo tamen conveniunt omnes, quod Constitutiones provinciales & statuta particularia sint genuinum fundamentum introducendarum ejusmodi hypothecarum. *e*) Unde de fundamento generali hypothecæ tacitæ ratione pecuniæ lustricæ in hoc Ducatu *f*) nulla est dubitandi ratio, cum de ea verbis expressis lex provincialis disponat. *g*)

Probatio theseos per rationes & exempla.

e) Etsi enim negari non possit, receptum esse in foris Germaniæ jus civile quoad hanc materiam, & casus obvenientes secundum ejus dispositionem judicari, illa receptio tamen non potest præjudicium inferre potestati principum legislatoriæ, sed quemadmodum ipsis liberum fuit leges Justinianeas recipere, ita & ex eadem libertate novis legibus uti, ac juri recepto renunciare possunt, si utilitati subdito-

ditorum id magis proficuum censuerint. *Vid.* Stryk. *Us. mod. Pand. tit. de LL. §. 7.* Et habemus non solum exempla hypothecarum tacitarum ex jure Romano apud nos plane non receptarum, aut certè variis modis immutatarum; sed alias etiam deprehendimus hypothecas, quæ juri Romano incognitæ ac de novo introducta fuerunt; Et vel solæ ordinationes Magdeburgicæ non exiguum earum nobis suppeditant numerum, quæ juri civili ignotæ aut non determinatæ fuerunt. Sic ea concessa est fisco ratione mulctæ *Ord. Proc. c. 94. §. 34.* uxori pro alimentis *ibid. §. 53.* absenti in bonis Curatoris *§. 54.* Salinatoribus in bonis salis coctorum *§. 56.* rusticis pro residuo pretio fundi venditi. *Ord. Polit. c. 29. §. 5.* & quæ sunt aliæ.

Quo fundamento nitatur hypotheca pecunia lustrica in Saxoniâ aliisque provinciis?

f) Dixi; *in hoc Ducatu.* Nam quod ad alias provincias, ac inprimis Saxoniam attinet, aliud hujus hypothecæ fundamentum erit ponendum. Putat quidem B. Strykius in *Us. mod. h. t. §. 10.* apud Saxones rem expeditam esse propter expressum textum *in Ord. proc. tit. 45. §. 2.* ubi generaliter conceditur hypotheca tacita ratione administrationis bonorum à patre susceptæ, & quia pariter hoc modo pecuniam hanc administrat, eo nomine quoque liberis deberi tacitam hypothecam. Verum valde dubium adhuc est, an phrasis *dicti §. 2. Ord. proc.* wegen ihrer Güter, so sie administriren, extendenda si ad omnia bona adventitia. Licet enim Carpzovius *P. 2. Const. 25. def. ult.* hanc extensionem faciat, tamen Zieglerus *ad eund. locum Ord. proc. p. 200.* notat, hypothecam liberis competere, ratione bonorum maternorum tantum, & eorum quidem quorum pater usumfructum habet, quæcunque administrat; & provocat ad Carpzovii *def. 17. P. 2. Const. 24.* in qua defendit eandem sententiam ex *l. 6. C. de bonis quæ liber.* deductam, scilicet non de omnibus bonis adventitiis sed de maternis tantùm, neque de omnibus quæ pater administrat, sed in quibus habet usumfructum, dari hypothecam. Imo ipse Carpzovius in *citata def. ult.* satis ostendit, locum or-

dinationis processualis non satis probare ipsius extensionem hypothecæ ad quævis adventitia. Aliàs enim non opus habuisset, novam sibi fingere rationes de administratione tutorio nomine a patre susceptâ, & in eâ quærere fundamentum hypothecæ, de quâ ratione quid sentiendum sit, infra *§. 6. Cap. II. lit. bb.* dicetur. Præterea, quanquam concederemus, dictum locum intelligentum esse de omnibus bonis adventitiis, uti nunc quidem in Saxonia Electorali per interpretationem usualem hæc explicatio invaluit, nondum tamen expeditum est, an pecunia lustrica inter adventitia referenda sit, itaque & pro probanda hypotheca hujus pecuniæ hic textus nihil facit. Agnoscunt hoc & ipsi JCti Saxonici; Unde Bergerus jam in antecedentibus citatus hanc hypothecam adscribit *usui fori;* B. Beyerus constanti *opinioni* quæ inter Doctores invaluerit. Vid. Ejus *posit. ad tit. in quib. caus. pign. tac. contr. lit. f.* Conf. Lynckeri *Decis. 701. verbis:* nach der gemeinsten Meynung der Doctorum werden die Kinder vi tacitæ hypothecæ billig mit angesetzt. An vero usus fori & opinio communis sint genuinum hypothecæ tacitæ fundamentum, ex iis quæ *§. 2.* adduximus, facilè dijudicari potest.

Verba legis provincialis Magdeb. (g) *Ordinat. Process. Magdeb. Cap. 49. §. 54.* Ingleichen haben solch Recht (scil.) des stillschweigenden Unterpfandes) auch die Kinder wegen ihres Mutter-Guts, Paten-Geldes und andrer bonorum adventitiorum. Sed operæ pretium

Methodus dicendorum. est, ut inquiramus, quid causæ fuerit, ut ista dispositio legi nostræ provinciali insereretur, id quod melius fieri non potest, quam si naturam hujus pecuniæ, Doctorumque de ea opiniones paulo accuratius examinemus. Quibus postea subjungemus tractationem de qualitatibus hypothecæ ejus intuitu concesse, & tandem quid de ejus usu statuendum sit, observabimus.

CAP. II.

De origine ac fine pecuniæ lustricæ, deque fundamento speciali hypothecæ quoad hanc pecuniam introductæ.

§. I.

PEcuniæ lustricæ (*a*) nomine veniunt dona (*b*) quæ baptizatis (*c*) à susceptoribus (*d*) offeruntur in compensationem sumtuum, quos parentes occasione baptismi fecerunt. (*e*) **Pecunia lustrica quid.**

(a) Nomen hoc sine dubio desumtum est ab antiquo Romanorum more, qui diem quo infantibus nomina imponebant, *lustricum* appellabant, à lustrationibus, quibus infans nomen adepturus per aniculas expiabatur. *Vid.* Vossii *Etymologicon* voce *lustricus*, aliosque antiquitatum Romanarum scriptores. Lustricum itaque denotat id, quod die lustrico seu nominalium peragitur. Inde translatum nomen ad munera patrinorum, cum ea offerri soleant eo tempore, quo infantibus baptismus & nomen confertur. Mirum autem videri non debet, quod nomen hoc Christiani mutuati sint ab Ethnicis, cum quoad ipsa baptismi solennia ex veteri manumissionis ethnicæ ritu quædam translata fuerint ad baptismum, qua de re peculiarem observationem habet Merillius, JCtus Gallus, *Lib. 3. Observationum C. 3.* Imo & ipse baptismus à nonnullis *lustrationis Symbolum* appellatus fuit, prout hoc ex *Origen. lib. 3. contra Celsum* adducit Anton. van Dale *in Historia baptismor. juncta ejus Dissertationi super Aristea. p. 420.* Lustrica pecunia igitur idem est ac donum baptismale. Germanis Pathen-Geld. Extat de hac *pecunia lustrica* peculiaris Dissertatio *Joh. Radovii*, Professoris quondam Rostochiensis A. 1676. ha- *Unde dicta lustrica? Judicium de iis, qui de pecunia lustrica scripserunt.*

habita, quæ uti secundum methodum illorum temporum conscripta varias quæstiones otiosas continet, ita argumenta potissima, quæ de origine, causis ac fine hujus pecuniæ afferuntur, inania sunt, & flosculis pseudo-oratoriis repleta, quæstio autem de hypotheca tacita ratione hujus pecuniæ paucis verbis adducta est, tanquam de quâ nullum sit dubium. Tractavit eandem materiam jam ante hunc Radovium *Io. Georg. Simon* in Disputatione *de Patrinis* Jenæ 1672. publicatâ *cap. 5.* quod agit *de Adjunctis patrinorum*, & reperi ibi easdem fere quæstiones, quæ in dissertatione Rostochiensi fusius proponuntur, nisi quod inconvenientiam doctrinæ communis de origine & causis hujus pecuniæ aliquâ ex parte agnoverit. Habita quoque est sub præsidio *Lynckeri* disputatio *de Baptismo* 1685. sed nihil in eâ, quod ad præsentem scopum pertineret, occurrit.

In quo consistant dona lustrica.

b) Consistunt hæc dona regulariter in *pecuniâ numeratâ.* Aliquando dantur & alia pretiosa & artefacta, prout dignitas vel dantis, vel familiæ baptizati, aut etiam arctior sanguinis nexus vel luxus seculi id postulare videntur. Etiam res immobiles, fundos & totas provincias inter magnates & principes donari observat Simon *cit. diss. c. 5. §. 4.* Verum uti nos non tam solliciti sumus de moribus principum, quàm de donationibus privatorum, ita & inter ipsos principes non adeo frequentes sunt casus ejusmodi donationum, & liberalitates eorum raro habent hoc culmen excelsum, ut loquar cum Justiniano in *l. 7. C. de bon. quæ lib.* ut donent integras terras vel fundos. Porro nec huc referri possunt vestimenta, jocalia & alia levioris momenti, sive statim initio baptismi sive adultiori ætate offerantur, utpote quæ non occasione baptismi dantur, nec etiam alii quam liberorum usui destinata sunt.

An baptizatis offerantur.

c) Baptizatis ea offerri volunt communiter, & putant id inter alia etiam apparere ex schedula, qui pecunia includitur, & quæ votum pro salute baptizati continet. Sit ita; non repugnabimus, eam offerri parvulis, interim tamen

men ex eo noli colligere, etiam parvulis eam acquiri, quam quæstionem fusius tractamus *infra §. 4.* Imo & mores quoad oblationem variant, alicubi enim non baptizatis, sed matri offertur, quanquam iis in locis, ubi per legem prohibita est pecunia lustrica, id fiat in fraudem legis.

d) Dona, quæ *ab aliis* quam susceptoribus dantur, etiamsi intuitu & contemplatione baptismi, non esse pecuniam lustricam, sed donationem ad pias causas dici debere, defendit Radovius *cit. Dissert. Cap. 3. §. 2.* Sed ego quidem causam non video, cur ejusmodi donationes non possis appellare lustricas, nomine, ut antea dictum, generali, & de rebus quæ occasione baptismi fieri solent usitato. Verum hac de re non litigabimus: Credo enim exempla donationum ab aliis quam susceptoribus factarum pertinere ad ea quæ semel aut bis per seculum fiunt. Et si casus ejusmodi donationis existat, idem de eâ juris esse arbitror, quod de muneribus patrinorum, sive donationem lustricam appelles, sive ad piam vel impiam causam eam factam esse dicas.

An huc pertineant dona eorum, qui non sunt patrini.

e) Hunc ego genuinum harum donationem finem esse statuo, utpote cum earum origine, intentione dantium & praxi quotidiana maxime convenientem. *Vid.* pluribus *§. 3. hujus Cap.* Facessant igitur næniæ, quas de fine & scopo earum congessit Radovius, utpote qui non solum *cap. I. Dissertationis citatæ §. 4.* in definitione hunc ponit finem, quod detur in tesseram datæ à patrino fidei & baptismi administrati testimonium, sed postea *cap. 2. §. 3.* fusius eam rem explicat, & dicit *1.) ideo donari, ut susceptores declarent suum affectum erga infantem.* At in omni donatione adest declaratio affectus. Quid ergo opus erat, id observari tanquam finem peculiarem. Imo non declaratur affectus erga infantem, sed potius erga parentes. 2.) Pergit, *pecunia hæc est quasi arrha se habere velle infantem sibi commendatum, & ad quasi obligandum baptizatum, ut in eâ fide, quam ejus nomine professus est, constans sit & crescat.* Illa quasi arrha & quasi obligatio

Genuinus horum donorum finis indicatur & spurii rejiciuntur.

gatio sine dubio pertinent ad rationes vel quasi id est inanes & nihil in recessu habentes. 3.) *Est testimonium & recordatio baptismi administrati, & solent parentes talem pecuniam propterea religiose asservare, liberis sæpe ostendere, & de baptismo simul eos admonere, eamque non nisi gravissimâ & durissimâ necessitate erogandum permittere.* Egregia sane & pia fœderis in baptismo initi recordatio, quæ fit per ostensionem pecuniæ. 4.) *Hieroglyphicum hic mos præsentat; Sicut duces quando conscribunt milites, aliquam ipsis statim dant pecuniam, sic quoque infantibus, qui in spiritualem militiam per baptismum sunt recepti, pecuniam hanc dari ad incitamentum probitatis vitæ & constantiæ in fide & ad fortiter pugnandum contra diabolum mundum & carnem.* Quot verba tot pondera. Per hieroglyphicam argutiam Christianismus nunc est milita mercenaria. 5.) *Hæc donatio fieri videtur in memoriam persecutionem primitivæ Ecclesiæ.* Testor omnium fidem, qui ejusmodi dona vel dederunt vel acceperunt, an persecutionum meminerint. Gemina huic rationi est illa, quam habet Zeilerus *Centur. 5. epist. 52.* quod hæ donationes fiant in memoriam & ad imitationem donationum à Magis Christo recens nato factarum. 6.) *Est adhuc subsidium vitæ atque educationis præsertim liberis quorum parentes sunt pauperes ut illud donum in informationis præceptorum mercedem, librorum & maxime sacrorum bibliorum comparationem, vel in alios usus sibi necessarios convertere possint.* Hæc ratio aliquo modo propius scopo accedit, sed nondum eum ferit, neque cohæret cum iis quæ *n. 3.* adduxerat. Singulæ autem ita comparatæ sunt, ut eorum imbecillitas & sancta simplicitas manu deprehendi possit.

§. II.

Nulla hujus pecuniæ in jure fit mentio. Origo an à persecutionibus Christian. petenda.

Ignorat hanc pecuniam tam jus civile, quam canonicum, licet in utroque mentio fiat patrinorum. *f*) Neque verosimile est, eam originem sumsisse cum ipsis patrinis occasione persecutionum, quæ primis Ecclesiæ Christianæ temporibus fideles premebant. *g*)

f) Uni-

f) Unicus quidem, quantum mihi constat, locus est in Jure Justinianeo, qui patrinorum mentionem facit, scilicet *l. 26. C. de nupt.* quæ hæc est: *Ea persona ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis à sancto suscepit baptismate, cum nihil aliud sic inducere possit paternam affectionem & justam nuptiarum prohibitionem, quam hujusmodi nexus, per quem Deo mediante animæ eorum copulatæ sunt.* Notari meretur ista lex propter luculentem vestigium cognationis spiritualis, quæ inter patrinos & susceptos efficta, imo postea naturali major habita fuit, teste Harmenopulo *in promptuar. lib. 4. tit. 6.* ut adeo nesciam, quo fundamento B. Arnoldus **in der Kirchen- und Ketzer-Historie** ad seculum VII. primam ejus inventionem referat, eamque tribuat Theodato Papæ, qui integro seculo post Justinianum vixit, cum tamen præter hunc textum juris civilis etiam ex jure Canonico *c. 1. c. 30. q. 1.* elucescat, jam seculo quarto & quinto doctrinam de cogitatione susceptorum spirituali invaluisse. Quod jus Canonicum attinet, illud variis in locis mentionem patrinorum injicit, ac de officiis eorum disponit. Sic Augustinus *cap. 28. de consecr. dist. 4. Respondeant,* inquit, *pro illis, qui eos offerunt, juxta morem baptizandi.* Idem *c. 34. ibid. cum alii pro eis respondent;* Isiodorus *c. 47. ibid. parvuli alio profitente baptizantur. c. 105. Vos qui filios baptismo suscepistis, moneo, ut vos cognoscatis fidejussores apud Deum extitisse;* & alibi passim. Verum de munusculis à patrinis offerri solitis altum ubique silentium. Sed vellent tamen pecuniæ lustricæ patroni, ut pro asserendâ ejus dignitate autoritas juris in partes vocari posset. Quid ergo consilii? Recurrunt ad distinctionem subtiliter excogitatam. Concedunt deesse expressam ejus in jure mentionem, putant tamen implicitè ibidem de eâ disponi; Comprehenditur enim, ait Radovius *Cap. 2. §. 2.* illa pecunia sub donationibus ad pias causas, in iis ubi jus singulare habet, in ceteris vero sub aliis donationibus. Neque dissimulat rationem, cur ejus rei dispositionem tam sollicitè in jure communi quærat, ut scilicet occurrat dubio, quod ex ejus silentio

Locus Juris Justinianei de Patrinis concernit cognationem spiritualem.

cujus doctrina antiquitas indicatur.

Varia juris Canon. loca de patrinis, de munusculis nullus.

Quomodo in hoc juris silentio sibi consulant Doctores.

tio peti posset, de prima harum donationum origine, quæ communiter ad seculi secundi tempora refertur, qua de re jam dispiciemus.

Inquisitioni de origine pecuniæ lustricæ præmittenda origo patrinorum. Variæ de eâ sententiæ.

g) Ut de veritate hujus assertionis judicari possit, videndum prius, ad quæ tempora referenda sit ipsa *patrinorum origo.* Tres autem potissimum ea de re sententias reperire licet. Prima est eorum, qui Higinum, decimum Ecclesiæ Romanæ Episcopum autorem hujus ritus constituunt, de quo referunt, quod antequam sanguinem pro veritate effuderit, jusserit, ut in gravissimis illis persecutionibus in quibus liberi parentibus eripiebantur adhiberentur certi testes baptismi infantibus administrati, quibus etiam demandaretur, ut parentibus sublatis infantem in doctrinâ Christianorum erudiendum curarent. *Vid.* Simon *Diss. de Patrinis cap.* 1. §. 5. quam tamen sententiam jam refutatam esse â Mastricht *de susceptoribus p.* 23. idem observat. Secuti tamen sunt eandem præter Radovium, Brunnemannus in *Jur. Eccles. p.* 290. D. Buddeus *in Dissert. cui titulus: Observationes Theologicæ de Pædobaptismo &c. p.* 50. aliique. Huic autem sententiæ occasionem dedit canon qui Higino tribuitur, scilicet *c.* 100. *de consecr. dist.* 4. quem tamen suppositititium esse, alii jam observarunt, inter quos etiam est B. Ittigius *in Hist. Eccles. Sec. II. Cap.* 4. §. 10. Imo si genuinus esset iste canon, non tamen ex eo probari posset, Higinum esse patrinorum autorem, cum ille de patrinis tanquam de more jam recepto loquatur. Altera sententia est eorum, qui ad ætatem Tertulliani, id est, ad seculi secundi finem & tertii primordia patrinos referunt, cum quibus etiam facit Arnoldus **in der Abbildung der ersten Christen** *lib.* 2. *c.* 14. §. 12.

Nos tam seculo secundo adscribimus; quæ sententia conciliatur cum reliquis.

Tertia sententia est eorum, qui seculo quinto patrinorum originem adscribunt, ut facit Dallæus citatus Arnoldo *loco alleg.* Ut meam aperiam sententiam, mihi maxime verosimile videtur, patrinorum usum cœpisse seculo secundo. Id enim certum est, ad parvulorum baptismum opus fuisse fidejussoribus, qui eorum loco fidei concessionem ederent;

rent; Jam vero ipse Arnoldus fatetur, seculo secundo originem cepisse pædobaptismum, vid. Kirchen- und Ketzer-Historie *Part. I. lib. 2. c. 3. §. 10.* itaque & susceptores ad hanc periodum referendi erunt. Ac bene conciliari potest cum hac sententia Tertullianus, qui primus mentionem patrinorum fecisse perhibetur ab iis qui mediam amplectuntur sententiam. Uti enim hic jam sub finem seculi secundi floruit, ita de susceptoribus non tanquam de re novâ, sed jam usu receptâ loquitur. Ita enim *libr. de Baptism. c. 18.* scribit: *Pro cujusque personæ conditione ac dispositione etiam ætate cunctatio baptismi utilior est; præcipuè tamen circa parvulos: Quid enim necesse est, si non tam necesse, sponsores etiam periculo ingeri, qui & ipsi per mortalitatem destituere promissiones suas possunt, & proventu malæ indolis falli.* Et Dallæus, quem tertiæ sententiæ autorem nominavi, forte de frequentiore patrinorum usu intelligendus est. Etenim usque ad seculi quinti tempora baptismus à multis adhuc usque ad adultam ætatem differebatur, id quod vel ex solo Chrysostomi loco in *Homil. 46. in Acta* apparet, ubi inter alia manet, sæpe unâ nocte tempore pestis multa hominum millia suâ ætate, quæ incidit in ann. 400. baptizata fuisse. Et nota sunt exempla tam Augustini, quam Gregorii Nazianzeni, quorum ille anno ætatis trigesimo tertio, hic vigesimo baptizatus fuit, non obstante, quod Gregorius patre Episcopo procreatus esset. Quibus Theodosii aliorumque Impp. exempla adjici possunt. In baptismo adultorum autem patrinorum assistentiâ non opus erat, neque valebat secundum Ecclesiæ instituta responsio pro adulto. Ita Augustinus *lib. 4. de baptism. c. 24.* *Si pro eo, qui respondere potest, alius respondeat, non itidem valet;* quæ verba relata sunt *c. 77. dist. 4. de consecr.* Post illa vero tempora pædobaptismus usitatior, atque patrinorum usus frequentior esse cœpit. Itaque conciliatis hac ratione diversis de patrinorum origine sententiis rectè seculo secundo eam tribuendam esse arbitror. Licet autem quoad hanc temporis periodum nobiscum conveniant

Occasio patrinorum non peten-

tenda à testibus in baptismo adultorum præsentibus;

ant plures, aliud tamen suboritur dubium de occasione hunc ritum introducendi. Nos pædobaptismo eam tribuimus. Alii vero à testibus etiam in adultorum baptismo adhibendis eam deducunt, quam conjecturam confirmare videntur varia Patrum testimonia. Sed nihil mutamus. Equidem Tertullianus *de Corona c. 3.* scribit: *Aquam adituri, sed & aliquanto prius in ecclesiâ sub antistitis manu CONTESTAMUR, nos renunciare diabolo & pompæ & angelis ejus.* Concedimus, verbum *contestari* indicare, præsentibus testibus factam esse renunciationem; Illud tamen minime exinde poterit evinci, testes quosdam peculiares ad hunc actum fuisse advocatos, sed testes erant cœtus universus fidelium congregatus, quod innuit ipse Tertullianus verbis: *in ecclesia,* id est, præsentibus & congregatis fratribus. Eâdem ratione explicandus est Justini Martyris locus in *Apol. II. p. 98.* ubi: *Nos quidem*, inquit, *postquam illum, qui credit jam, & nobiscum facit, ita abluimus, ad fratres, ut dicuntur, eo adducimus, ubi congregati sunt.* Nam licet loquatur in numero plurali, id non probat, præter baptistam testes quoque in fidem fœderis rogatos eum comitatos esse, sed, præterquam quod Justinus per totam Apologiam in numero plurali loquatur, cum mores & ritus Christianorum in eâ recenseat, præcipua ratio, quæ conjecturam de testibus peculiaribus adhibitis refellit, in eo consistit, quod eodem contextu dicat: *Nos quidem, postquam ita abluimus;* Si enim de testibus hæc intelligenda forent, sequeretur & hos lavando & baptizando manum admovisse, quod tamen fidei antiquitatis repugnaret. Unde si pluralis numeri aliqua hoc in loco debet esse significatio, de Diaconis potius in sacramentorum administratione ministrantibus, quam de testibus verba hæc accipienda erunt. Denique *offerentium* nomen, quod synonymon est patrinorum, non ab adultis baptizatis originem traxit, sed ab iis, qui infantes ad baptismum offerebant, quod clarissime apparet ex ejusdem Justini Martyris *quæst. ad orthodox. 56.* Quare verius esse

Sed à pædobaptismo;

arbi-

arbitramur, confessionem fidei parvulorum nomine edendam, causam esse quæ patrinis occasionem dederit. Neque tamen credas, nos dum hanc amplectimur sententiam, ad eorum accedere opinionem, qui Higini præcepto introductionem patrinorum adscribunt, aut probare fabulam quod ob persecutiones gravissimas primorum temporum adhibiti fuerint baptismo infantum testes, qui parentibus sublatis eos educarent, qui in religione eos instituerent, imo & bonis unâ cum parentibus surreptis, de necessariis vitæ præsidiis iis prospicerent, quam fabulam adseruit Carpzovius in *Jurispr. Consistor. Lib. 2. def. 268.* novisque accessionibus auxit Radovius *Cap. 2. §. 1.* Hæ enim conjecturæ primo corruunt ex eo, quod parentes ut plurimum ipsi, non extranei obtulerint infantes baptizandos, ac pro iis fidei confessionem ediderint, quâ de re vestigium extat apud Augustinum *Tom. II. Epist. 23.* in qua respondet Bonifacio coëpiscopo. Huc pertinent sequentia: *Sic scribens dicis, ut sicut parentes fuerunt auctores ad eorum pœnam, per fidem parentum itidem justificentur, cum videas multos non offerri à parentibus, sed etiam à quibuslibet extraneis, sicut à dominis servuli aliquando offeruntur & nonnunquam mortuis parentibus suis parvuli baptizantur ab eis oblati, qui illis hujusmodi misericordiam prabere potuerunt.* Et porro: *Si itaque de moribus ejus futuris nihil audes certi promittere & de ejus præsenti cogitatione, quid est illud, quod quando ad baptismum offeruntur, pro eis parentes tanquam fidedictores respondent.* Item: *Unde miror, parentes in istis rebus tam fidenter pro parvulis respondere.* Deinde licet negari non possit, etiam extraneos ad hanc solennitatem fuisse adhibitos, id tamen non factum est ob persecutiones. Quomodo enim securi erant isti patrini, se non æque ac parentes liberis ereptum iri, quibus idem persecutionis periculum imminebat. Neque etiam opus erat, ut ista cautiones parentes infantibus suis prospicerent, cum iis temporibus amor mutuus ac fraternus in animis fidelium adhuc vigeret, qua de re vide loca ex Patribus excerpta ab Arnoldo in Obser-

quam opinionem defendimus, purgatam tamen à fabulis.

Quarum inconvenientia ostenditur.

vatione von den Bruder- und Schwester-Namen in der ersten Kirche §. 26. 27. quæ extat in Dn. Præsidis Historie der Weisheit und Thorheit. Atque ita quilibet absque hoc patrini officio obligatum se esse credebat, ejusmodi infantibus de necessariis vitæ subsidiis prospicere, & quemadmodum parvulos offerri existimabant ad percipiendam spiritualem gratiam non tam ab eis, quorum gestabantur manibus, quam ab universâ societate sanctorum atque fidelium *c. 129. dist. 4. de consecr.* ita & universus cœtus æqualiter iis suppeditabat, quæ ad sustentandam vitam requirebantur. Et demum subsequentibus temporibus opus erat, ut istud officium patrinis inculcaretur, ut susceptis sollicitudinem veræ caritatis impenderent *c. 105. dist. 4. de consecr.* Ex dictis itaque satis appare, persecutiones non dedisse occasionem patrinis, restat nunc, ut videamus, an persecutiones dederint occasionem pecuniæ lustricæ. Corruit hæc assertio ex iisdem rationibus, quas de patrinis adduximus. Sed prætera porrigunt ipsi defensores hujus opinionis telum, quibus eorum adsertio oppugnari possit. Præter Radovium, qui *Cap. 2. §. 1.* eam propugnat, etiam B. Strykius in *Notis ad Brunnemanni Jus Ecclesiast. p. 293.* ita scribit: *Sine dubio inde occasio orta, quod in serenissimis illis Christianorum persecutionibus Compatres munere aliquo consuluerint baptizatorum inopiæ, quibus postea non æque semper succurrere poterant, cum vix una sede morari ipsis tunc temporibus licuerit, sicut & quotidianum ipsis metuendum erat martyrium.* Quomodo vero hoc ratiocinium conciliabis cum iis, quæ de origine ipsorum patrinorum afferunt. Patrinos eam ob causam adhibitos esse dicunt, ut baptizatorum curam gererent, & bonis unà cum parentibus ablatis, alimenta suppeditarent. Munera lustrica autem ideo data esse perhibent, quia propter metum martyri iis postea non æque semper succurrere poterant. Nonne quod unâ manu porrigunt, altera tollunt? Itaque illa ratio de persecutionibus, si quid valere debet, hanc potius conclusionem suppeditat, patrinos nulla infantibus dedis-

Et concluditur persecutiones non dedisse occasionem pecuniæ lustricæ.

dedisse munera, quia metuendum erat, nullam exinde utilitatem in parvulos redundaturam esse ob miserias illorum temporum, sed potius maluisse, ubi occasio id ferret, eis succurrere, quam in dubium eventum iis aliquid donare.

§. III.

Horum munerum origo potius referenda est ad tempora Ecclesiæ tranquilliora, ubi variis ceremoniis sumtum aliquem requirentibus *h*) imo & conviviis *i*) celebrari cœpit solennitas baptismalis. Data itaque fuerunt à patrinis munera tum ad sublevandos parentes pauperes, tum ad remunerandum hospitalitatem ditiorum. Transiit illa convivandi & donandi consuetudo cum reliquis baptismi ritibus etiam ad Germanos *k*), apud quos dona lustrica eundem in finem, scilicet compensationem aliqualem sumtuum occasione baptismi factorum semper data sunt, & hodienum dantur *l*). Vera ejus origo & finis.

h) Altero post C. N. seculo pauci adhuc & simplices erant baptismi ritus, sed sensim accessere ceremoniæ & solennitates aliæ non solum huic sacramento, sed reliquis etiam actibus sacris, ut Augustinus jam de suis temporibus conquestus fuerit *Epist. 119.* premi Christianos magis constitutionibus humanis, quam olim populum Judaicum oneribus legis. Animus non est, inire harum ceremoniarum numerum, sed quasdam saltem adducam, quæ baptismo additæ fuerunt ad externum apparatum & conciliandam ei majorem apud vulgum venerationem. Ad has pertinet *vestis candida*, quam baptizati per integrum octiduum gestare debebant, item *cerei*, qui præferebantur baptizatis ad significandam spiritualem illuminationem, *serta*, quibus decorabantur aliaque ornamenta. Præterea accedebat & alius sumtus, qui sensim introducebatur, scilicet *Ansam ei dederunt i) ceremoniæ sumtuosæ; item honorarium pro ba-*

bono-

ptismo sol-vendum.

honorarium pro baptismo solvendum. Pauperes itaque harum impensarum inprimis vero honorarii prætextu baptismum declinabant, qua de re conqueritur Gregorius Nazianzenus *Orat. 19.* vid. Arnold. Abbildung der ersten Christen *Cap. 14. v. 23.* & quanquam in variis Conciliis exactiones pretii pro collatione baptismi & chrismatis interdicerentur, apparet tamen illum morem non potuisse abrogari, cum prohibitiones identidem repetendæ fuerint, prout factum est in Concilio Eliberino, Carthaginensi III, Bracarensi II, Toletano, in epistolâ 1. Gelasii ad Episcopos per Lucaniam &c. quæ prohibitiones maxima ex parte relatæ sunt a Gratiano *c. 99. 101. 102. 103. 104. c. 1. q. 1.* Quid quod ex *Can. 103.* qui est ex Concilio Bracarensi II. manifestum est, Clericos sæpe pignoribus captis solutionem honorarii extorsisse, & pauperes hæc spolia pertimescentes filios à baptismo retraxisse. Hæ vero circumstantiæ conjecturam suppeditant de origine donorum baptismalium. Quippe ne parentes pauperes baptismum filiorum ex his prætextibus negligerent, admodum verosimile est à patrinis dari cœpisse munera quædam, quibus sumtus in solennitatem baptismi impendendi pauperibus refunderentur vel suppeditarentur.

2.) Convivia baptismalia quorum usus repetitur ab agapis.

i) Uti præcedens observatio ostendit, quomodo pecuniæ lustricæ occasio fuerit data intuitu pauperum, ita nunc videndum, quomodo eadem consuetudo transierit ad ditiores. Et horum respectu convivia baptismalia originem ei dedisse arbitramur. Horum vero conviviorum solennitas repetenda est ab agapis primitivæ ecclesiæ, successu temporis in comessationes luxuriosas degenerantibus. Ex Justini Martyris *Apolog. II. p. 97.* discimus, baptizatos post peractum baptismum admissos fuisse ad capiendum cibum cum reliquis fratribus, quæ coitiones agaparum nomine insigniebantur, de quibus consuli potest Excell. Dn. Böhmeri *Dissertatio IV. ad Plinium.* Ideo autem ad has agapas admittebantur baptizati, tum ut inde pateferet, eos nunc in ecclesiæ communionem receptos esse, tum quod agapis

illis

illis conjuncta erat S. cœnæ administratio, quæ iis post baptismum communicabatur. Adeo enim baptismum & S. cœnam primis temporibus conjungebant, ut & infantibus baptizatis ea porrigetur, quibus tamen, cum alium cibum & potum sumere non potuerint, in melle & lacte data fuit, ut vult Salmasius, quem citat Antonius van Dale *in Histor. baptismor. p. 396.* Traducebantur autem hæc conventicula ab Ethnicis tanquam scelesta, infamia ac prodiga vid. *dict. Diss. ad Plin. §. 28.* Unde Tertullianus *in Apol. c. 39.* ea excusat, & contra falsas infidelium imputationes defendit. *Editur*, inquit, *quantum esurientes cupiunt, bibitur, quantum pudicis est utile, ita saturantur, ut qui meminerint etiam per noctem sibi adorandum Deum, ita fabulantur, ut qui sciant Dominum audire.* Negari tamen non potest, degenerasse paulatim ista convivia à primâ simplicitate ac sobrietate, & convivas non substitisse in poculo ὑμνήσεως seu gratiarum actionis, sed genio liberalius indulsisse ad poculum hilaritatis imo ebrietatis usque. Dederunt hi abusus occasionem dispositioni Concilii Laodiceni *Can. 28.* ubi præcipitur, *quod non oporteat in Dominicis aut ecclesiis agapen facere aut in domo Dei comedere, vel accubitus sternere.* Imo & *Canon. 27.* ejusdem concilii satis indicat, hæc convivia cœpisse haberi ad instar aliorum conviviorum, in quibus convivæ partes sibi datas domum asportare solebant; *Interdicitur enim sacro ministerio deditis Clericis vel Laicis ciborum partes accipere, quod inde ecclesiastico ordini fiat injuria.* Illos vero abusus indies majora cepisse incrementa colligi potest *ex Epistolâ* Augustini *64.* ubi sic scribit: *Commessationes & ebrietates ita concessæ putantur, ut in honorem etiam beatissimorum martyrum non solum solennes, quod ipsum quis non lugendum videat, qui hæc carnis oculis aspicit, sed etiam quotidie celebrentur. Sed feramus hæc in luxu & labe domesticâ, & eorum conviviorum, quæ privatis parietibus continentur; saltem de sanctorum corporum sepulcris, saltem de locis sacrorum, de domibus orationum tantum dedecus arceatur.* Hunc Augustini locum ut etiam de conviviis baptismi oc-

Hæ uti in genere degenerabant in comessationes & compotationes;

Ita in specie tales instituebantur post solennem baptismi administratione nem.

 casione

casione celebratis intelligamus, facit *can. II. dist. 4. de consecrat.* in quo Syricius Papa, qui circa Augustini tempora vixit, conqueritur, *invaluisse consuetudinem, ut Apostolorum seu martyrum festivitatibus innumeræ plebes baptismi mysterium consequerentur.* Imo solus Augustini locus hanc conjecturam suppeditat, quod, cum solennes martyrum dies tantis festivitatibus tam intra privatos parietes, quam in locis sacri, contra prohibitionem Concilii Laodiceni paulo ante adductam, celebrarentur, nullum sit dubium, quin multo magis Paschatos & Pentecostes festa, in quibus solennis baptismi administratio peragi solebat, ejusmodi conviviis & comessationibus celebrata fuerint; Cum vero dicta convivia nihil amplius ex pristina simplicitate ac pietatis specie retinerent, factum est, ut mores in aliis conviviis solennibus observari soliti etiam hic introducerentur, inter quos & hic præcipuus erat, ut munera à convivis offerrentur, quem morem describit Stuckius *in Antiquit. Convivial. Lib. 3. cap. 24. p. 631.* vel potius illa antiqua ratio, quæ in agapis primorum seculorum obtinebat, ut finitis iis pro arbitrio quisque suo quod visum erat, contribueret apud præpositum, ut ille inde opitularetur pupillis, viduis & his qui propter morbum aut aliquam aliam causam egerent, ut scribit Justinus Martyr *Apol. II. p. 98.* nunc degenerabat in illam consuetudinem, ut convivæ & inprimis patrini in ejusmodi conviviis solennibus, ad remunerandam, aliqua ex parte hospitis munificentiam munera offerrent. Obtulerunt autem ea non tam parentibus, quam filiis susceptis, tum quia horum occasione istæ comessationes instituebantur, tum ut eo honestius à parentibus accipi possent. Ita vero consuetudo dona baptizatis offerendi magis magisque facta fuit universalis, Imo luxus etiam in iis faciendis ita crevit, ut seculo nono Nicolaus I. Pontifex opus habuerit præcipere, *ut patrini moderate procederent in faciendo donaria filiis susceptis,* vid. Steph. Brancat. *in Epitome Canonum voc. Patrinus.*

unde in his conviviis etiam invaluit mos donandi.

Hujus moris progressus.

k) Quem-

k) Quemadmodum Christiana religio per Episcopos ex Italia adscitos in Germania propagabatur, ita & per hos ritus & solennitates in Ecclesia Romana optinentes introducebantur. Varia ejus rei habemus testimonia è quibus unum saltem quod rituum baptismalium suprà à nobis commemoratorum mentionem facit, adducemus. Urspergensis *ad A. 1124.* de Ottone Bambergensi scribit, quod Pomeranis suis præceperit, *ut infantes suos in Sabbatho S. Pascha & Pentecostes cum candelis & cappa & patrinis comitantibus ad baptismum deferant, eosque veste innocentiæ indutos per singulos dies usque ad octavum diem, ejusdemque Sabbathi celebratione divini officii interesse sinant.* Transiit & ad Germanos abusus ille honorari pro collatione baptismi, quod apparet ex prohibitione in *Capitul. Ludovici lib. 6. tit. 80. ap. Lindenbrog.* ibi: *Nulla pretia de baptizandis consignandisque fidelibus exigantur, quod si perpetraverint, honoris sui periculum sint subituri;* cum duo junge *lib. 5. tit. 105.* item ex prohibitione Concilii Triburiensis, quod habitum est A. 895. à XXII. episcopis Germanis, quæ relata est *c. 105. c. 1. q. 1.* Ut adeo easdem pecuniæ lustricæ causas, quas intuitu parentum pauperum supra adduximus, & apud Germanos inveniamus. Sed his argumentis non opus est, ad demonstrandam, ejus receptionem apud Germanos, cum eo tempore, quo Christiana religio hisce terris innotuit, per conviviorum baptismalium frequentiam, jam in universalem consuetudinem abiisset pecunia lustrica. Conviviorum festivitas autem eo facilius se insinuavit Germanis, quo magis ab antiquis temporibus solenne ipsis fuit convictibus indulgere, nec minus sæpe ad convivia quam ad negotia procedere. vid. Tacit. *de Mor. Germ. Cap. 22.* Stabilita postmodum fuere autoritate publicà hæc convivia & compotationes baptismales tempore Henrici Aucupis, qui ut libertinis, novis civitatum incolis victum uberiorum procuraret, *omnes conventus atque convivia in urbibus voluit celebrari*, ut ex Witekindo Corbeiensi *lib. 1. rer. Saxon.* observat Conringius *de Urbib. German. §. 82.*

Donor. lustricorum receptio apud Germanos non tam tribuenda causis n. 1. adductis.

quàm conviviis.

inter quæ convivia nuptialia & pabtismalia frequentissima erant. Hæc vero solennitas uti majorem sumtum requirebat, ita & donandi consuetudo magis magisque hac occasione confirmabatur. Successu temporis luxus tam in conviviis quam donis vehementer auctus fuit, ita ut reformatione horum abusuum valde opus esset. Inseruit eam ob causam Carolus V. Reformationi politicæ de anno 1530. peculiarem articulum: Von übrigen Kosten der Hochzeit, Kinder Tauff und Begräbnüssen. Dispositio articuli hæc est: Nachdem auch mit **Gastungen** und **Schenckungen** zu Hochzeiten, Hingaaben, **Kindtauffen**, **Kindbetten**, Faßnacht und den Begräbnüssen, Kirchweyhen, viel übrigs Unkostens gemacht wird, welches zu mercklichen Nachtheil gemeines Nutzens je länger je mehr beschwerlich erwächset und zunimmt. Damit aber solches desto füglicher und baß abgestellet und gebessert werden mög, so ordnen setzen und wollen wir, hiemit ernstlich gebietend, daß ein jeder in seinem Fürstenthum, Graffschafft, Herrschafft, Oberkeit und Gebiet, die obgemeldten Kosten der Hochzeiten, erster Meß, Kindtauff, Kindbett und Kirchmessen abstelle, auch denselbigen eine ziemliche gute Ordnung mache, und daß solches alles mit darauf gesetzten Bussen und Straffen unnachläßlich gehandhabt werde. Secutæ sunt hanc Reformationem aliæ prohibitionis. Ita in Concilio Coloniensi habit. a. 1549. *tit. Ubi & quibus horis debeant baptizari parvuli*; interdicitur, *Ethnicorum more ab hoc Sacramento magna convivia instruere, epulari, & ebrietate ut passim homines parum Christiani faciunt, omnia miscere.* In Concilio Moguntino *Cap. 16. Comessationes & parum sobria convivia, quæ quibusdam in locis fiunt, per civiles magistratus inhiberi, aut saltem ad moderationem Christianis dignam reduci volumus.* Quoad munera lustrica autem in Concilio Mediolanensi I. *tit. Quæ pertinent ad baptismi administrationem.* Ita disponitur: *Compatres & commatres nihil infantibus quos susceperunt, aut eorum parentibus baptismi tempore largiantur.* Eadem ratione & apud Protestantes de tollendis his abusibus laboratum fuit.

Luxus conviviorum auxit luxum donorum

Varia legum & conciliorum loca hos abusus notantia:

Præ-

Præ ceteris illi vivis coloribus depinguntur in Augusti E-lect. Sax. *General*-**Artickeln** *de a.* 1557. von der Tauffe ibi: daß bey vielen das hochwürdige Sacrament der Heil. Tauffe um das **Einbinden, Geschenck, und sonderlichen Nutzens**, etwan auch um ziemlicher Pracht und Hoffarts willen, mit grosser Menge der gebetenen Gevattern in ärgerlichen Mißbrauch gezogen, und etliche hiedurch **Crämerey** fast dergleichen, wie verruckter Zeit die Meß-Pfaffen im Pabstthum dem Nachtmahl des HErrn gethan, auffrichteten ꝛc. De luxu conviviorum agit Ejusd. **Policey-Ordnung** *III.* **Theil** *p.* 32. Daß der mehrer Theil der Leute dahin gesinnet sey, wie einer den andern mit der Pracht in Kleidung und **Zehrung bey Kindtauffen** nichts nachgeben möchte. Eadem emendatio in omnibus fere Ordinationibus ecclesiasticis ac politicis, quæ post illa tempora à Statibus Imperii publicatæ sunt, tentata ac tam sumtibus quam donationibus lustricis modus præscriptus, vel utrisque conjunctim repudium datum fuit, quanquam irrito plerumque successu, quæ communis legum reformationem politicam intendentium sors est. Quorsus vero hæc adducuntur? Ut appareat, non novam esse opinionem, quam defendimus, munera lustrica dari in compensationem sumtuum convivialium, cum ipsi legislatores qui abusibus hac in re occurrentibus obicem ponere voluerunt ea pro talibus agnoscant, dum utrorumque emendationem & abrogationem conjungunt, ac munera æquæ ac convivia inter abusus referunt, quod non facturi fuissent, si ea pro donatione ad pias causas reputassent.

quibus confirmatur, pecuniam lustricam dari in remunerationem sumtuum convivialium.

l) In antecedentibus satis, ut puto, ostendimus, munera lustrica à primâ eorum origine data fuisse ad sublevandos & remunerandos parentes ratione impensarum factarum. Idem an & hodiè adhuc finis eorum sit, dispiciendum erit. Quod ut probem, provoco tum ad consensum legum provincialium, tùm ad intentionem patrinorum ac parentum, horumque rationem dispensandi munera oblata. Ex legibus adducam tantùm domesticas nostras, hoc est,

Quod & de moribus hodiernis probatur.

est, Ordinationem tam Ecclesiasticam quam Politicam hujus Ducatus. Ita autem disponit *Ordinatio Ecclesiast. cap. 3. §. 11.* Die Gastereyen bey den Kindtauffen in Städten und auf den Dorffern, werden hiemit und aus gnugsamen erheblichen Ursachen gäntzlich verboten, 2c. **Dagegen** auch das also genannte Paten-Geld und andere bißher gewöhnliche Geschencke gäntzlich abgeschafft seyn sollen. Et *Ordinatio Politic. cap. 40. §. 4.* Nachdem wir bey denen Kindtauffen die Gastirung zumahln bey unvermögenden geringen Leuten abgestellet; So sollen dagegen auch nebst dem Paten-Gelde und Geschencke aufs Bette die Gevatter-Stücken von Marcipan und Zucker-Bildern auch aller Confect, Kuchen und Mandel-Dorten, ingleichen die Gastereyen bey dem Kirchgange verboten seyn. Quis non videt, pecuniam lustricam in dictis locis manifestè considerari tanquam remunerationem sumtuum baptismalium, adeoque illam cum his simul prohiberi. Intentio patrinorum, quod propter hunc finem dona offerant, & parentum, quod in eundem finem ea oblata esse censeant, vel ex hoc solo argumento deprehendi potest, quod illis, qui sumtus convivales lege prohibitos non impendunt, die keine Gevatter-Kuchen geben, non offerantur munera lustrica, & etiamsi offerantur, ab illis tamen non accipiantur; imo patrini in tempore certiore ea de re redduntur, de dona mittant vel afferant. Quod vero ad dispensationem horum munerum attinet, id certum est, parentes inprimis pauperiores optime scire, cui usui destinata sint, quippe statim post solennitatem baptismalem ad solvenda quæ ad excipiendos patrinos comparanda fuerunt esculenta & potulenta expendere ea solent, quæ praxis in viridissimâ est observantiâ.

§. III.

Acquiritur hæc pecunia parentibus.

Hic itaque cum sit pecuniæ lustricæ finis, sua sponte inde fluit conclusio, non liberis eam sed parentibus acquiri. *m)* Quod si vero ab his in liberorum

rum utilitatem expenditur, vel ad adultam ætatem usque asservatur, id ex pietate & amore provenit, non ex obligatione legali. *n*) Igitur regulariter liberis quod hanc pecuniam nulla tribui potest hypotheca *o*).

Unde nulla est hypotheca liberorum.

m) Hæc assertio ex iis quæ *§. praced.* dicta sunt, satis probatur, vindicanda tamen nunc est ab objectionibus, quæ ex communi Dd. sententiâ adversus eam afferri possunt. Adscribemus eas ex Carpzovio, quem reliqui gregatim sequuntur. Ita vero ille in *Jurispr. Consistor. def. 272. n. 3. seqq.* Usu totius fere Germaniæ invaluit, ut munera in testimonium baptismi administrati unà cum piâ gratulatione offerant patrini. Quæ non parentibus, sed omnium voto ac consensu ipsis baptizatis data censentur, adeoque iis cedunt, quippe quibus etiam traduntur, nisi quis assertionem hanc propterea in dubium vocare ausit, quod infantibus nequeat donari, quippe qui intellectu & consensu destituuntur *§. 10. Inst. de inutil. stipul.* quare & furiosis comparantur *l. 1. ff. de bonor. poss. furios. infant. compet.* sed non licet argumentari ex regulis juris communis ad donationem & oblationem munerum in baptismi administratione, quippe quæ est exorbitans & singularis pietatis causâ facta, & nomine liberorum à parentibus acceptatur; Ex quo porro oblatio munerum ad solennia baptismi pertinet, per id licita efficitur & legitima, licet secundum regulas juris alias non subsisteret, quo intuitu etiam donatio eorum, quæ sunt necessaria ad solennia nuptiarum & contrahentum matrimonium inter sponsum & sponsam valida habetur &c. Subjungit denique Rescriptum Consistorii Dresdensis, in quo expressa verba: Ihr wollet C. M. aufferlegen, daß er das Paten-Geld so nicht seine, sondern des Kindes, wiederum annehmen solte. Hactenus Carpzovius. Ad has objectiones antequam respondemus, in antecessum notamus, indicium malæ causæ esse inconsuetam illam Carpzovio locutionem,

Communis opinio, quod acquiratur liberis.

Ejus argumenta examinantur.

tionem, non licere hic argumentari ex regulis juris communis, quod tamen alias utramque apud eum facit paginam; neque etiam nobis fucum facit provocatio ejus ad omnium vota & consensum, cum ubi rationes rerum inquirendæ sunt, non numeremus vota, sed ponderemus. Videamus ergo rationes ab eo adductas, quibus liberis vindicare putat dona lustrica. Præcipua ex illis hæc est: *quia liberis traduntur ac data censentur, ideo iis cedunt.* Hic primo observandum est, ex ipsâ Carpzovii confessione putativam tantùm esse illam oblationem, per verba: *data censentur*, vel, ut *P. II. Const. 24. def. 18.* loquitur, *infantibus offerri vulgo creduntur*, itaque & acquisitio ex parte infantum non nisi putativa est, & in fictione consistit. Deinde falsum est, traditionem & oblationem operari effectum acquisitionis, sed oblatio judicanda est ex intentione offerentium & acceptantium. At hic urgent dissentientes, manifestam esse intentionem patrinorum, liberis destinari hæc munera, provocant ad schedulas in quibus offeruntur, quæ directæ sint ad infantes, imo sæpius expressam contineant declarationem, quod liberorum debeat esse oblata pecunia v. g. Nimm liebe Pathe diß kleine Geschenck, meiner in Ehren dabey gedenck rc. & quæ ejus furfuris sunt alia. Quis vero credat ex ejusmodi anilibus fabulis judicandum esse de intentione patrinorum munera offerentium. Imo posito, in schedulis omnibus contineri ejusmodi declarationes rythmicas vel prosaicas, plus tamen valebit, quod agitur, quam quod simulate concipitur, quæ regula in aliis casibus usitata & hic sine dubio applicari debet. Et sic autoritas Mascardi *de probation. Vol. I. Concl. 564. n. 6.* quam dissentientes pro sua sententiâ adducunt, nostram potius confirmat, dum dicit, magis ei acquiri, cui donatum est, & cui donatur ut acquiratur, voluit, quamvis in donando respectum ad aliam personam habuerit. Quod objectionem attinet, quam Carpzovius sibi ipse movet, quod infantibus donari nequeat, eam quidem non urgebimus, cum non repugnemus,

Primum est: oblatio liberis facta.

2. acceptatio nomine liberorum.

gnemus, donare posse infantibus, si eorum nomine quis acceptet; id tamen negamus adesse talem acceptationem ex parte parentum circa pecuniam lustricam, hanc enim proprio nomine fieri, ex iis quæ §. *praced.* adducta sunt, clarum est. Interim cum Carpzovius objectioni, quam sibi formaverat, non satisfaciat, non inutile erit ostendere imbecillitatem argumentorum, quibus usus est ad eam elidendam. Primo dicit, ideo subsistere hanc donationem quia sit exorbitans & singularis pietatis causa facta. At illa exorbitantia & pietatis, quam sibi fingit, non potest tollere impedimentum naturales ex parte infantum, defectum scilicet intellectus & consensus. Id enim si admitteremus, pietatis obtentu omne negotium alias invalidum pro licito & stabili habendum foret. Neque etiam explicat, in quo consistat illa pietas singularis, cujus tanta sit vis & efficacia: Unde aliter judicare non possumus, quam quod respexerit ad cerebrinam ejusmodi pietatem, cujus specimina supra dedimus § *1. lit. e.* v. g. quod detur in arrham fidejussionis pro infante factæ, in testimonium collati baptismi &c. Verum frustra hic larva pietatis adhibetur, cum vanitatis, luxus & pene dixerim impietatis species undique transpareat. Fidem dederunt patrini, hoc pium est, quis vero inde concludat, etiam actus concomitantes & consequentes pios esse. Secundo adserit, oblationem numerum infantibus factam licitam & legitimam effici ex eo, quod ad solennia baptismi pertineat. Hic vero rursus dubium est, an post tot prohibitiones & restrictiones pecuniæ lustricæ, quales & in Ordinationibus Saxonicis deprehenduntur, inter solennia baptismi referenda sit. Deinde licet hoc concedamus, licet largiamur, legitimam esse hanc donationem, non tamen exinde sequitur, liberis eam acquiri, quippe æque legitima esse potest, licet acquiratur parentibus. Nec aliquid momenti inest argumento a donationibus desponsatorum & conjugum desumto, quæ propter solennitatem factæ pro validis habentur. Plane enim

3. Pietas & exorbitantia hujus donationis.

4. Solennitas ejus.

E est

est ratio diversitatis. Infantibus donari non potest propter naturale impedimentum; at donationes inter conjuges non talis defectus impedit, sed legis autoritas, itaque & legis autoritate hoc impedimentum tolli potest, & inde est, quod solennitatis & honoris causa factæ donationes inter eos validæ habeantur; Verum ut infanti intellectus & voluntatis usu destituto donari possit absque alterius acceptatione, id ne quidem lex facere potest, ergo nec solennitas id operabitur. Quod ultimo loco Rescriptum Consistorii Dresdensis concernit, in quo expressis verbis filio, non parenti, tribuitur doni lustrici proprietas, id nihil amplius ostendit, quam autorem rescripti jam ante Carpzovium eandem fovisse sententiam. Nos vero exinde non obligamur, ut eidem cæco suffragio subscribamus, sed huic decidendi rationi, nulla genuina ratione munitæ, opponimus nostras rationes dubitandi, quas fusius jam exposuimus.

5. autoritas Rescripti Dresdensis.

Parentes non sunt obligati, eam in utilitatem liberorum expendere;

n) Cum parentibus hæc dona acquirantur, sine dubio & dispensatio in eorum arbitrio esse debet. Proprietas enim involvit facultatem disponendi de re pro lubitu. Nec est, quod objicias, patrinos, hæc dona offerentes, intendere ad minimum secundario, ut parentes, si ea expendere velint, id faciant potius in utilitatem liberorum, quos ipsi susceperunt, quam in alios usus promiscuos, v. g. ut inde solvant mercedem informationis, libros & potissimum biblia inde coëmant, uti pie monet Radovius *cap. 2. §. 3.* Etenim sicut patrinis non vitio vertimus, si ejusmodi pias intentiones foveant, ita & concedimus, parentes recte facere, si eum in modum pecuniam expendant, ut liberorum utilitas inde promoveatur. Verum de eo non est quæstio, sed potius, an ad id obligati sint parentes? id quod negamus, cum nulla lex iis hæc officia injungat; multo minus autem secundaria illa patrimonium intentio ejusmodi obligationem producere potest. Idem dicendum de asservatione horum donorum, usque dum liberi ad adultam perveniant ætatem. Quoad hanc tamen novus injicitur scrupulus

neque iis asservare.

pulus ex eo, quod plurima pars parentum hunc morum observet, ut literis hanc pecuniam custodiant, iisque adultiori ætate extradant, vel post mortem cum reliqua bonorum substantia relinquant; itaque licet legem non habeamus, quæ parentes ad id obliget, vi tamen consuetudinis, quæ legi æquipolleat, iis hanc pecuniæ lustricæ conservationem incumbere. At nondum expeditum est, an adeo magnus sit numerus parentum, qui hunc morem observant, sed si pluralitas exemplorum attendenda est, longe major erit numerus eorum, qui pecuniam hanc expendunt, id quod vel usus hypothecæ tacitæ, quæ non nisi in casu consumtæ pecuniæ datur, testari potest. Itaque hi potius consuetudinem pro se allegabunt. Ea tamen responsione non indigemus, cum certum sit, ejusmodi consuetudinem, etiamsi actuum pluralitate probari posset, non facere regulam, quam reliqui sequi debeant; Actus enim meræ facultatis, qualis etiam est asservatio pecuniæ lustricæ unice dependent a cujusque arbitrio, nec aliorum exempla obligationem ea imitandi inducunt. Illa itaque asservatio vel dispensatio unice parentum arbitrio ac pietati relinquitur.

o) Hypotheca datur in securitatem solvendi debiti. At pater filio hic nihil debet, cum sibi pecuniam donatam acquirat, ergo & filius nullam prætendere potest securitatem, nullam hypothecam. Mentionem autem facio solius hypothecæ, utpote de qua nobis potissimum agendum est. Ex eadem autem ratione corruunt & relicti effectus, e communi hypothesi de dominio hujus pecuniæ liberis competente deducti, v. g. vindicatio, vi cujus liberi moto adversus parentum concursu pecuniam lustricam adhuc extantem præ aliis Creditoribus sibi vindicant. Corruit facultas de ea disponendi inter vivos item mortis causa, quanquam ultima hæc inter ipsos Doctores controversia sit, propter diversas hypotheses, ad quam peculii speciem pecunia lustrica referenda sit. Corruit privilegium, quod non subjaceat executioni, quam parentes in bonis suis patiuntur &c.

Cum hypotheca corruunt & reliqui effectus dominii liberis tributi.

§. V.

Ansam hypothecæ dedit doctrina de peculio huc applicata. In qua tamen mire dissentiunt.

Nihilominus communi fere Doctorum suffragio hypotheca tacita intuitu hujus pecuniæ adseritur. Scilicet postquam sibi persuaserunt, liberis eam donari, solliciti fuerunt, ut doctrinam juris Romani de peculio ei adplicarent. *p*) Hæc doctrina de peculio ansam dedit fingendæ hypothecæ. Non facile autem in alia materia tam discrepantes reperies sententias, quam hic in determinanda peculii classe deprehendimus. Alii enim eam referunt ad peculium castrense, *q*) alii ad quasi castrense, *r*) alii ad adventitium regulare, *s*) alii ad irregulare, *t*) alii ad profectitium, *u*) alii fluctuant, & modo profectitio modo adventitio adscribunt, *x*) alii judicis arbitrio decisionem relinquunt. *y*) Quid vero nos? Nullum hic agnoscimus peculium. *z*)

Hæc applicatio repugnat moribus Germaniæ.

p) Ex erronea nimirum persuasione, quod quemadmodum apud Romanos, post introductam peculiorum distinctionem, omnia, quæ filius familias habebat, aliquo peculii genere continebantur, Scip. Gentilis *de Bon. Matern. cap. 4.* ita & apud Germanos, ea quæ liberorum sint, ad aliquam peculiorem classem sint referenda, cum tamen meminisse debuissent, illam peculiorum divisionem Germanis non convenire, utpote apud quos ab antiquis temporibus non alia bonorum divisio quoad liberos nota fuit, quam divisio in bona paterna & acquisita vid. Schilter. *Exerc. ad ff. XXVII. th. 86.* Imo cum propia confessione eorum, qui alias juris Romani usum magis, quam par erat, extendunt, concedatur, peculia apud nos rarioris esse usus, rigorem profectitii in foris non observari, adventitiorum distinctionem in praxi non attendi, & quæ sunt alia; vid. B.Stry-

B. Strykii *Us. Mod. tit de tribut. Act. §. 1. tit. de peculio §. 5. tit. de tacito pign. §. 10. &c.* eo magis mirandum est, quo tanta scrupulositate hanc doctrinam ad pecuniam lustricam traxerint, quæ tamen secundum ipsa juris Romani principia peculii nomine comprehendi non potest. Peculium enim est pusillum patrimonium, a rationibus paternis separatum, & in administrationem filiis concessum. An vero pecunia lustrica separata est a rationibus paternis? An filiis conceditur in administrationem? Id nec ipsi dissentientes audebunt adseverare, quotidiana experientia contrarium docente. Hoc tamen fortasse regerent, etiam apud Romanos bonorum adventitiorum administrationem non fuisse penes filium familias, sed patrem, & tamen illa bona *peculii* nomine venire. Verum hac instantia nihil obtinebunt. *Peculii* enim adventitii nomen ignoratum fuit JCtis Romanis. Vid. Schilter. *Exerc. XXVII.* §. 84. id quod etiam apparet ex inspectione legum Codicis de bonis maternis, materni generis, lucris nuptialibus agentium, in quibus quidem nomen *rerum filiis familias extrinsecus advenientium*, nunquam vero *peculii* occurrit. Neque credibile est, ipsos Romanos, res quascunque donatas sive liberis sive servis in peculium imputasse, sed id saltem, quod in administrationem dabatur, eo referebant. Ita scimus in solennitate nominalium numera ab amicis data fuisse filiis lustratis & nomine insignitis, sed nec volam nec vestigium deprehendis in jure, ea ad peculium fuisse relata; Inanis itaque est opera Dd. doctrinam de peculiis ad pecuniam lustricam retorquentium.

tum ipsis juris Romani principiis.

q) Ast *castrense* pecunium dona lustrica refert Brunnemannus, qui *ad l. 1. ff. de collationibus* inter alia sic commentatur: Decide potest ex hoc §. etiam illa quæstio: an liberi patri successuri dona sua baptismalia Pathen-Geld conferre teneantur, Resp. quod non, quia non acceperunt a patre, & sunt potius *peculii castrensis* ad bellum sacrum collati. Idem tamen Brunnemannus *ad l. 19. ff. de peculio* Lauterba-

Doctores qui hanc pecuniam referunt ad peculium castrense;

 chii

chii opinionem ad probat de qua *lit.x.* agimus, eamque apud nos obtinere debere putat.

ad quasi castrense; r) Ex horum numero est Simon. *Diss. de patrinis cap.5. §.5. ibi:* Numeratur hæc donatio inter *peculia quasi castrensia.* item Radovius *Diss. sæpius citat. cap. 3. §. 9.* Ut videas, quomodo probet assertionem, dabimus propria ejus verba. Videtur, inquit, referri posse pecunia lustrica ad peculium militare & quasi castrense. Illud enim acquiritur ratione militiæ togatæ. Illa autem vel civilis est in specie, ex qua sibi acquirunt advocati, assessores, & similes, vel spiritualis, ex qua sacerdotes & ecclesiarum ministri, etiam cantores & lectores *l. 34. l. 50. de Episc. & Cleric. Nov. 123. cap. 19.* Nam sicut Advocati & alii rempublicam domi ab injuriis & malevolorum hominum insidiis defendunt *l. 14. C. de advocat. diverſ. judic.* ita hi fortiter contra diabolum pugnant, & precibus nobis Deum conciliant *can. si officia 2. Dist. 59. &c.* Cum igitur hæ personæ non alia de causa quam propter spiritualem militiam, omnia quæ ejus intuitu acquirunt, vel ipsis donatur, jure quasi castrensis peculii teneant, quidni quoque infantes, quibus pecunia lustralis propter aliquam etiam militiam contra Satanam, mundum & propriam carnem datur, illam *peculii quasi castrensis* jure haberent &c.

ad adventitium ordinarium. s) Hanc sententiam defendit Carpzovius *Part. 2. Const. 24. def. 18.* eamque claris verbis ibi proposuit, unde nescio cur citetur a Simone *loco paulo ante adducto* tanquam defensor peculii quasi castrensis, & ab Hoppio, tanquam consentiens sententiæ de peculio adventitio irregulari, quorum ille provocat ad ejus *Jurispr. Consist. lib. 2. def. 72.* hic ad *part. 4. Const. 14. def. 5.* cum tamen priore loco nulla hujus quæstionis facta sit mentio, posteriore autem de pœna diffidationis agatur. Porro huc pertinet Mevius *Decis. Part. IX. dec. 63. verb.* nec aliam munerum istorum quam ceterorum *adventitiorum* rationem habendum; Richter *de jure & privileg. cred. cap. 4. sect. 1. n. 30.* Eadem sententia pro

probabilior videtur Titio in *Jur. privat. lib. 9. cap. 11. §. 12.* & in *Specim. juris ecclesiast. Cap.* von der Tauffe. *§. 25.*

t) Huic opinioni favet B. Strykius *in Not. ad Brunnem. ad in eccles. p. 294.* ubi ad verba: *acquiruntur baptizatis;* sequentia observat; mihi semper verius visum ad adventitium extraordinarium hæc munera referenda esse; cum hæc præsumta donantium intentio sit, quod plenissimo jure velint infantes hæc capere, prohibuisse quasi videntur, ne ad patrem transiret ususfructus, quod peculii extraordinarii signum est *Nov. 117. cap. 7.* Eadem repetit Hoppius *ad §. 1. Inst. per quas pers. cuique acquir.* Accedit horum partibus Bergerus in *Oeconomia juris lib. 2. tit. 2. §. 33.* & B. Beyerus *in posit. ad Instit. tit. per quas pers. cuique acquir. pos. 26.*

adventitium extraordinarium,

u) Cum his facit Excell. Dn. Ludovici *in Doctrina Pandect. ad tit. de pecul. §. 6.* Infantibus, inquit, contemplatione parentum in dubio donatur censetur, & sic pecunia lustrica ad hoc peculium *profectitium* pertinet, v. Lauterbach. *h. t. in f.* quam sententiam revera approbant consuetudines, quoniam parentes ut plurimum de pecunia lustrica libere disponunt, ut parum vel nihil ad liberos perveniat. Pro eadem sententia citantur ab Harpprechto in *Scrutin. XIIX. hypothecar. §. 14.* Tessaurus, Io. & Paul. Voetius, Abrah. a Wesel & Grœnewegius. E quibus tamen ultimus, qui in *Tract. de Legibus abrogat. ad l. 19. ff. de pecul. p. 163.* hac de re agit, potius nulli peculio pecuniam lustricam accensere videtur.

profectitium,

x) Ejusmodi temperata decisio occurrit in *Collegio Theoretico-practico Lauterbachiano tit. de pecul.* ubi §. 32. sic concluditur: Ex ratione juris communis in hisce muneribus ad donatoris affectionem & intentionem respiciendum erit, ita ut si patrinus infanti, filio suo spirituali, aliquid obtulerit, quod etiam aliis similibus donare sit solitus, illud utique filii magis, quam patris contemplatione & ex spiritualis paternitatis affectione donatur videatur, ac per consequens recte *adventitii peculii* esse dicatur *arg. l. f. C. de usufr.* At si quis insigne & inconsuetum donum dederit infanti, quem

Alia opinio eorum, qui eam pro qualitate dola vel adventitio vel profectitio adnumerant.

ex

ex S. baptismate suscepit, tunc aliis quoque conjecturis locum esse arbitramur, ita, ut si pater infantis sit singularis donatoris amicus, a quo multa singularia accepit beneficia, donator hoc in casu accepta beneficia hoc munere pensare voluisse & magis in honorem patris ejusque intuitu munus obtulisse videatur, ac per consequens illud merito *profectitio* peculio annumeretur. Ceterum si cum affectione spiritualis paternitatis etiam ratio sanguinis concurreret, ut, si avus nepoti ex filio emancipato, aut frater fratris sui filio, quem ex S. fonte suscepit, munus, licet insigne & inconsuetum, dederit, tunc illud quoque peculio *adventitio* annumerandum erit, cum hi propter duplicem illam affectionis rationem potius infantis, cui donum intulerint, quam patris contemplatione donasse credantur, vid. Merlin. *de legit. l. 2. q. 14. n. 5.* Quod eo magis admittendum erit, si infantis pater ejus sit vitæ, ut singularem favorem non mereatur. Conf. Lauterbach. *Tract. Synopt. tit. de pecul. §. 5. n. 5.*

vel judici decisionem relinquunt.

y) Hoc facit Harpprechtus *dict. Diss. §. 14.* cum aliis ibidem citatis.

Cur nos nullum hic statuamus peculium?

z) Rationem asserti antea dicta suppeditant. Frustra enim statueremus peculium in re, cujus neque proprietas neque administratio ad liberos pertinet. Cum quibus junge, quæ *lit. p.* adduximus.

§. VI.

Cui sententiæ inventio hypothecæ tribuenda. Ejus fundamentum speciale.

Ex dictis sententiis uti proxime ad nostram accedunt illi, qui peculio profectitio pecuniam lustricam adscribunt, *aa*) ita e reliquis hypothecæ tacitæ inventionem debemus illis, qui adventitio ordinario, eam annumerant, *bb*) quibus postea adhæserunt etiam reliquorum peculiorum adsertores, refragante licet juris civilis de his peculiis doctrina, *cc*) Fundamentum itaque speciale hujus hypothecæ ex communi doctrina est administratio paterna. Nos vero illud

poni-

ponimus in commiseratione erga liberos, quorum parentes moto concursu bonis cadunt. Cum enim hi plerumque parum vel nihil ex substantia rerum paternarum accipiant, flebile hoc beneficium inventum fuit, ut pecuniæ lustricæ ratione inter hypothecarios collocentur. *dd*)

Qui peculium profectitium defendunt, nullam agnoscunt hypothecam.

aa) Peculium *profectitium* est, quod voluntate parentis quoad solam administrationem filio est concessum, ita ut penes patrem sit & proprietas & ususfructus. Licet igitur Doctores, qui peculio huic dona lustrica accensent, nominis ratione à nobis differant, quoad effectum tamen nobiscum conveniunt, qui hic est, ut patri competat plenum ejus dominium, ac reliqua jura inde fluentia. Unde etiam ex iis, qui huic sententiæ adstipulantur, nemo, quod sciam, hypothecam tacitam liberis concedit, quin potius Grœnevvegius *loco lit. u*) *citato* provocat ad præjudicia, quod parentibus hæc dona sint adjudicata; ex quo colligi potest, quod nullam admiserit hypothecam.

Quoad adventitium ordinarium leges concedunt quidem filiis proprietatem,

bb) In *adventitio ordinario* filius habet proprietatem, pater usumfructum & administrationem. Hanc generalem dispositionem de bonis adventitiis introduxit Justinianus in *l. 6. C. de bonis quæ liberis.* ibi: *Si quis filiusfamilias aliquid sibi acquisierit, non ex ejus substantiâ, cujus in potestate sit, ab aliis quibuscunque causis, quæ ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat.* Ab antecedentibus Imperatoribus & quidem à Constantino primum hoc privilegium acceperant bona *materna*, postea his accessere bona *materni generis*, & alio intervallo *lucra nuptialia*. Vid. Wissenbach. *ad hanc. l.* & Schilter. *Exerc. XXVII. §. 84.* Unde etiam Constantino M. tribuitur prima adventitii peculii origo, altius tamen eandem repetit Strauchius *Diss. ad jus Justin. XXII. §. 6. p. 351.* Licet autem Justinianus reliqua adventitia in eo exæquaverit bo-

non vero hypothecam.

F nis

nis maternis & materni generis, ut filiis earum proprietatem adscripserit, nihilominus hanc inter utraque reliquit differentiam, ut hypothecam tacitam, quæ pro conservandis bonis maternis, materni generis & lucris nuptialibus filiis concessa erat *l. 12. v. exceptis qui pot. in pign. l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib.* ratione ceterorum bonorum, qvæ extrinsecus liberis venirent, non admitteret. Ita enim *§. 2. dict. l. 6.* rem decidit: *Non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc seu jam mortui sperare audeant.* Interpretes tamen, non obstante expressa hac decisione, extensioni locum fecerunt. Glossa ad *h. l.* adducit sententiam Azonis, qui pro omnibus rebus adventitiis pariter bona patris tacite obligari putavit, non quidem ob administrationem, sed ad conservationem. Conf. Scipio Gentilis *de bonis matern. cap. 8.* Glosæ autoritas in tenebris illorum temporum facile invenit applausum, eamque Dd. eo magis secuti sunt, quo pertinacius adhæserunt principio, quod favorabilia debeant extendi. Defendit hanc sententiam inprimis Negusantius *de pignor. & hypothec. p. 2. membr. 4. n. 13. seq.* Trahit huc *§. fin. dicta l. 6.* qui tamen nihil hoc in passu probat, cum per verba: *Ceterisque donationibus, quas servare necesse est:* non intelligat Justinianus reliqua bona adventitia omnia, utpote quod aperte pugnaret cum *§. 2. d. l.* sed lucra nuptialia seu donationes propter nutias, v. Wissembach. *ad Cod. p. 410.* Cum vero Negusantius inter autores, qui de hypothecis scripserunt, præcipuo semper fuerit loco inprimis apud Doctores practicos, mirum non est, quod opinio, hypothecam dari intuitu bonorum adventitiorum omnium, propagata atque stabilita fuerit, quicquid etiam contradixerint alii Jureconsulti celeberrimi, è quibus nominamus Bachovium *de pignorib. lib. 1. cap 9. n. 8.* Scipionem Gentilem, Lauterbachium, Wissembachium *locis jam ante alleg. &c.* Præcipue tamen ista sententia se commendavit JCtis Saxonicis. Ita Carpzovius *P. I. Const. 28. def. 113.* adserit: In bonis patris liberos ratione adventitiorum bonorum jus tacitæ hypothecæ prætendere posse expeditum est. Sensit tamen,

Ea est inventum Interpretum.

men, obſtare huic aſſertioni diſpoſitionem juris civilis, quod ad materna meternique generis hanc hypothecam reſtringit, itaque novam fabricavit rationem pro firmanda ſua ſententia. Putat *l. c.* non denegari poſſe liberis jus tacitæ hypothecæ, ſi parens bona adventitia tutorio nomine adminiſtraverit, quod ſemper in dubio feciſſe præſumatur, *l. 20. C. de adminiſtr. tut.* & ſic quærit fundamentum hypothecæ in adminiſtratione tutorio nomine ſuſcepta. Sed ut verum fatear, iſta ratio variis inconvenientiis laborare videtur. I. Paradoxon eſt, patrem adminiſtrare tutorio nomine, cum pater habeat pleniſſimam rerum adventitiarum adminiſtrationem vi patriæ poteſtatis, *l. 1. C. de bon. matern. l. 6. §. 2. C. de bonis quæ liberis* verbis: *Habeat pater pleniſſimam poteſtatem uti frui gubernareque res prædicto modo acquiſitas;* non vero vi tutelæ legitimæ, quæ eſt non ens intuitu liberorum in patria poteſtate exiſtentium vid. *tit. Inſt. de legit. parent. tutela.* II. Alia inconvenientia non minus paradoxa in eo conſiſtit. Scilicet adminiſtratio adventitiorum paterna eſt pleniſſima, *nec ratiocinia eis ſuper adminiſtratione inferre licet; ſed tantummodo alienatione vel hypotheca ſuo nomine patribus denegata uti frui poſſunt his rebus & gubernatio earum eſt penitus impunita; vid. d. l. 6. §. 2.* At ſi pater tutorio nomine adminiſtrat, tenebitur ad rationes reddendas, tenebitur ad ea quæ uſusfructus nomine percepit reſtituenda, hypotheca dabitur liberis in bonis ejus pro officio adminiſtrationis. Hac vero ratione diſpoſitio legum de uſufructu paterno corruit, quam conſequentiam neque Carpzovius, neque alius quisquam admittet. III. Licet ſalvare velis doctrinam Carpzovii ex eo, quod forte reſpexerit ad mores Germaniæ, ſecundum quos non inconveniens eſt, patrem dici tutorem ſeu curatorem liberorum, & tutorem legitimum acquirére uſumfructum rerum, quas adminiſtrat. *Spec. Sax. lib. I. art. 11.* Schilter. *Exerc. III. §. 11.* manifeſtum tamen eſt, eum huc non reſpexiſſe, cum provocet ad *l. 20. C. de adminiſtr. tut.* & ſi etiam mores patrios ante oculos habuiſſet, non effugeret tamen inconvenientiæ notam, cum incivile

Nova Carpzovii ratio pro ea ſtabilienda examinatur.

sit ad decidendam controversiam, quæ meri juris Romani est, ratione juris Germanici uti velle. Ut taceam ea, quæ circa adductas juris Germanici consuetudines moneri possunt. IV. Etsi Carpzovius putet, Illustrissimum Saxonem probare hanc sententiam in *Ordin. proc. tit. 45.* verbis: Wegen ihrer Güter, so sie administriren; supra tamen *Cap. I. lit. f.* de hac juris Saxonici dispositione mentem nostram aperuimus, & qua quæso ratiocinatione tutoriam patri administrationem ex his verbis exsculpes, utpote quæ meliori jure de administratione patri vi potestatis patriæ competente explicari possunt ac debent. His tamen non obstantibus opinio Carpzovii, de hypotheca intuitu omnium adventitiorum competente in Saxonia Electorali invaluit, quod præter alios observat etiam Titius *in Jur. priv. R. G. lib. 6. cap. 12. §. 12.* & *lib. 3. cap. 17. §. 4.* A Saxonibus etiam ad nos transiit, & ut omnis dubitatio tolleretur, expresse in *Ordin. Proc. Magdeb. c. 49. §. 54.* verbis: **und anderer** *bonorum adventitiorum*; ea de re cautum fuit. His ita præsuppositis, facile nunc perspici potest, eos, qui pecuniam lustricam ad adventitium peculium referunt, autores esse hypothecæ tacitæ ejus intuitu introductæ, cum enim hypothecam ad omnia adventitia extenderint, eadem jura huic pecuniæ tribuere necessum fuit. Hanc vero hypothecam non antiquiorem esse Carpzovio putat Harpprechtus *in Scrutin. XIIX. hypothecar. §. 14.* ubi eum appellat primum hujus traditionis autorem & fautorem, sed probabile est, jam ante Carpzovium eam doctrinam originem cepisse. Uti enim vestigia illius opinionis, quod pecunia lustrica pertineat ad adventitia, jam ante hujus JCti tempora deprehendimus, pro ea enim pronunciarunt a. 1619. JCti Ienenses, teste Richtero *de jure & privileg. Credit. cap. 4. sect. 1. n. 42.* & ex eadem ratione, quod munera baptismalia sint adventitia & jure dominii ad liberos pertineant, responderunt a. 1621. JCti Francofurtenses, ea separanda esse in concursu & liberis relinquenda; *Vid.* Joach. Chemnitii *Dissert. de jure prælationis Creditor, juncta Brunnemanni Tract. de process. Conc. Cred. §. 22.*

Approbatio hujus hypothecæ in Saxonia & Duc. Magdeb.

Huic natales debet hypotheca pec. lustricæ. An primus ejus autor Carpzovius.

§. *22.23.* ita nullum dubium est, eosdem JCtos, si casus se se obtulisset, etiam pro hypotheca pronunciaturos fuisse vid. *ibid.* §. *236.* Adeoque licet Carpzovius primus sit, qui sententia Scabinorum Lipsiensium a *1636.* pronunciata hanc hypothecam confirmavit, atque ad propagandam hanc opinionem plurimum contribuit, pro ejus autore tamen non erit habendus. Illa autem inquisitio simul ostendit, quibus gradibus ad hypothecam perventum fuerit. Primo pronunciatum fuit pro opinione, quod pecunia lustrica pertineat ad adventitia. Ex hoc principio postea fuit decisum, quod extans pecunia in concursu creditorum vindicanda sit liberis. Unde porro in casu pecuniæ consumtæ hypotheca iis tributa fuit. Postquam vero unum pro hac sententia præjudicium extitit, mox secuta sunt alia, & inde temporis intervallo communis enata est opinio. Ea tamen non adeo universalis facta fuit, ut non semper inventi fuerint JCti in contrariam sententiam euntes. In hanc enim classem referendi sunt omnes illi, qui tantum maternis maternique generis bonis, non vero reliquis adventitiis hypothecam tribuunt, â quorum partibus semper steterunt Tubingenses, Jo. Harpprechtus, Lauterbachius, Bardili, Frommannus &c. vid. F. C. Harpprechti *Dissertatio supra citata.* §. *14.* In hoc Ducatu approbata ac recepta fuit vicinorum Saxonum sententia, atque ut omni dissensioni obex poneretur, nominetenus inserta fuit Ordinationi processuali, quæ anno 1686. publicabatur. Vid. locum *supra in fine Cap. I.* adductum. In antecedenti enim Ordinatione, quæ divi Administratoris Augusti tempore viguit, nulla hujus hypothecæ occurrit mentio, licet non negem, jam illis temporibus propter præjudicia fori Saxonici jacta fuisse ejus fundamenta.

Progressus hujus sententiæ

& confirmatio in lege nostra provinciali.

cc) Hypothecam tacitam liberis concedit Brunnemannus in *Jur. Eccl. l. 2. c. 1. m. 2. p. 287.* qui pecuniam lustricam retulerat ad peculium *castrense.* Idem faciunt Simon *cap. 5.* §. *6.* & Radovius *cap. 5.* §. *2.* qui pro *quasi castrensi* eam venditant. Statuunt eandem B. Strykius & reliqui qu

Ei adhærent adsertores reliquorum peculiorum, sed invita juris ratione,

adventitio irregulari eam adnumerant. Vid. *Not. ad Brunnem. d.l. verb. tacita hypotheca.* Bergerus in *Elect. Discept. forens. T. I. p. 1498* & in *Oecon. jur. p. 518.* Omnes sequuntur Carpzovium, non tamen attenderunt, hujus rationem de administratione paterno non quadrare ad ipsorum hypotheses de peculio. Quod enim ad *castrense* & *quasi castrense* peculium attinet, utrumque pleno jure â rationibus paternis est separatum, ita ut filio competat & ususfructus & proprietas & liberrima de eo disponendi facultas. Itaque & filius illud administrat ipse, non vero pater. Et quanquam in *l. 7. C. de Curat. furios.* in casu, si filius furore laboret, ejus administratio patri relinquatur, hic casus tamen pertinet ad exceptionem. Unde illi, qui pecuniam lustricam (quam secundum communem doctrinam pater regulariter administrat) ad has peculii species referunt, exceptionem in regulam convertunt, atque ex eorum doctrina statuendum erit peculium castrense vel quasi castrense, quod regulariter patris administrationi subjacet, id quod tamen juris doctrinæ adversum est. Deinde certum est, etiam in casu *l. 7.* ubi patri administratio relinquitur, nullam filio concedi hypothecam, sed administratio relinquitur verecundiæ & adfectui paterno. Ex quo novum argumentum suppeditatur, quam inconvenienter hujus opinionis defensores hypothecam pecuniæ lustricæ tribuant. Quod vero *adventitium irregulare* concernit, quod extra militiæ causam itidem pleno jure tam quoad proprietatem, quam usumfructum liberis acquiritur, huic rursus parum quadrat ratio de administratione paterna & inde deducta hypotheca. Ideo enim appallatur irregulare, quia pater vel expresse vel tacite exclusus est ab ejus usufructu. At si donator eum exclusum voluit ab usufructu, utique etiam ab earum rerum administratione eum voluit remotum. Vid. Rittershus. *ad Novell. P. 8. c. 8. n. 2.* Perez. *ad Cod. l. 6. de bon. quæ lib. n. 11.* Etsi vero non pauci sunt, qui in hoc peculio patri etiam administrationem vindicant, rationes tamen, quibus utuntur, id non evincunt. Prima eorum ratio est, quod

Quod probatur tam de peculio castrensi & quasi castrensi,

quam de adventitio irregulari.

quod pater optimum pro liberis consilium capere præsumatur; At hæc præsumtio eliditur per præsumtionem contrariam fortiorem, quod pater, qui indignus putatur usufructu, non ex paterno adfectu ejusmodi bona sit administraturus. Secundo provocant ad *l. ult.* §. *1. C. de bonis quæ liberis.* ubi sancitum esse dicunt, quod, si filiusfamilias minor, recusante patre, adiit hereditatem, quo casu patri ususfructus non competit, tum demum dandus sit Curator, si pater eas res noluerit gubernare. Unde à contrario sensu concludunt, ergo si pater velit administrare, administrationem ad eum pertinere. Verum 1.) adhuc sub judice lis est, an hic, quem jam retulimus, sit genuinus legis sensus, Verba sunt: *Sin patre recusante filius adire maluerit hereditatem, damus quidem licentiam ei hoc facere. Nolente autem patre res filii gubernare propter causæ necessitatem, habeat facultatem filius adire judicem & petere Curatorem, per quem gubernatio procedat.* Etenim phrasis Justinianea *Nolle propter causæ necessitatem,* si resolvatur idem valet ac: *non posse*; ut adeo sensus sit: Cum autem pater sit incapax administrationis propter ademtum ei usumfructum, Sic vero argumentum à contrario sensu nullius erit valoris. 2.) Licet concederemus in casu legis patrem suscipere posse administrationem, cum ibi *proprio facto* scilicet recusatione hereditatis ab ejus usufructu sese excluserit, hæc tamen dispositio non adplicari poterit ad reliquos peculii adventitii casus, ubi pater *testatoris vel donatoris voluntate* ab usufructu exclusus est, id quod confirmat *Novella 117. cap. 1.* ubi hæc doctrina ex professo tractatur. Unde iterum argumentum à contrario sensu tanquam à diversis ad diversa concludens corruit. Jam vero Doctores, qui pecuniam lustricam ad adventitium irregulare referunt, expresse fatentur, patrinos prohibuisse videri, ne ad patrem transiret ususfructus, atque sic ex eorum sententia pertinet ad illam speciem, ubi *donatoris voluntate* pater exclusus est, B. Stryk. *ad Brunnem. l. c.* Berger. *Oecon. jur lib 2. tit. 2. §. 33. in fine.* parum ergo cum eorum hypothesi cohæret tam administratio patris, quam hypothe-

ca

ca in favorem liberorum ex hac administratione deducta Docere id eos poterat ipse Carpzovius, à quo sententiam de hypotheca mutuati sunt. Ita enim ille *P. II. Const. 24. Def. 17.* Ademto usufructu nil prorsus juris patri in maternis (& ex paritate rationis in omni adventitio irregulari) competit. Quare si sponte suâ ea administret, negotiorum gestor potius, quam legitimus Curator seu administrator dicitur; Atqui gestoris bona nunquam censentur tacite obligata &c.

Vera hujus hypothecæ ratio est misericordia erga liberos.

dd) Hæc quam in thesi posuimus, vera & genuina est ratio, ob quam privilegium hypothecæ pecuniæ lustricæ tributa fuit; Nullum enim reperies casum, ubi pro eâ fuerit pronunciatum, nisi moto adversus parentes concursu. Hac vero ratione simpliciter & absque alio juris colore uti noluerunt Doctores, cum præviderent, commiserationem erga liberos non sufficere ad producendum jus reale, vi cujus liberi in classe creditorum hypothecâ gaudentium poni potuissent, sed huic fini aptius esse judicarunt argumentum de administratione paternâ. Quum vero illud secundum proprias eorum hypotheses corruat, multo minus autem secundum præsupposita nostra consistere possit, non alia superest ratio, cui in investigando fundamento speciali hujus hypothecæ insistere possumus, quam illa, quam indicavimus. Relinquimus ergo illis, qui absque legis autoritate hanc hypothecam defendunt, quomodo suam salvare velint sententiam. Nobis interim, qui juris provincialis sanctionem quoad hanc hypothecam habemus, ista ratio sufficere potest, cum legislator ex benignitate & misericordia tribuere possit beneficium & favorem peculiarem illis, qui nulla juris ratione id prætendere possunt; quale exemplum etiam habemus in jure Romano, scilicet *l. 5. §. 4. in f. ff. de minor.* ubi ex constitutione Claudii Imperatoris introductum esse perhibetur, ut bonis patris à fisco propter debitum occupatis, filio servaretur peculium; quod privilegium itidem non ex juris ratione, sed ex sola mise-

misericordia iis concessum est, ut proinde Bartolus & post eum Cujacius aliique observaverint, parem textum nullibi in jure reperiri. Vid. Gothofredus *ad d. l.* & Scipio Gentilis *de Bon. matern. cap. 5.*

CAP. III.
De qualitatibus & Usu hujus hypothecæ.
§. I.

POstquam fundamenta hypothecæ nostra examinavimus, paulo distinctius natura & qualitates ejus considerandæ sunt. Has ex doctrina communi per compendium sic describimus: Dari hypothecam liberis *a*) in bonis parentis *b*) à tempore administrati baptismi *c*) ad consequenda munuscula à patrinis donata. *d*)

Qualitates hujus hypothecæ quænam?

a) His quæ sequuntur observationibus præmittendum est id quod jam in thesi indicavimus, nos recensere proprietates hujus hypothecæ *ex doctrina communi;* ut hac ratione occurramus dubio, quod iis, qui caput præcedens cum hoc conferunt, facile suboriri poterat, quasi assertiones, quas antea impugnavimus, nunc ipsi admitteremus, atque ex iis novas conclusiones deduceremus. Scilicet argumentamur hic ex positis sed non concessis principiis, atque is scopus nobis est propositus, ut ostendamus, etiam in designandis qualitatibus hujus hypothecæ non ubique cohærere doctrinam communem cum propriis Doctorum præsuppositis. Est autem prima qualitas, quam observamus, quod hypotheca nostra detur *liberis.* Fluit hæc ex illa assertione, quod liberis donetur & acquiratur pecunia lustrica. Hic statim occurrunt variæ quæstiones, in quarum decisione disconvenientiam sententiarum deprehendis. Prima est: An hypotheca etiam competat heredibus

Eas recensemus ex doctrina communi.

Ima est, quod detur liberis.

An etiam eorum heredibus?

heredibus liberorum? Affirmativa dubio carere videtur, cum expediti juris sit, jura realia, quorum numero etiam comprehenditur hypotheca nostra, transmitti ad heredes. Nihilominus si principiis quorundam Doctorum insistere velis, negativa amplectenda erit. Ita Richterus *in Tract. de jure & privil. Creditor. cap. 4. sect. 1. n. 42.* defendit doctrinam Carpzovii, quod pater *instar tutoris* pecuniam lustricam administret. Idem vero *cit. loc. n. 77. 95.* prolixe propugnat sententiam Bartoli, Berlichii aliorumque juris interpretum, quod hypotheca ratione gestæ tutelæ & curæ concessa non transeat ad heredes. Itaque ex ipsius hypothesi nec hypotheca pecuniæ lustricæ transmittetur ad heredes, cum ea propter tutoriam patris administrationem liberis sit concessa. *l. 20. C. de administr. tutor* Carpzov. *P. II. Const. 24. def. ult.* Eadem objectio ferire videtur ipsum Carpzovium, utpote qui *P. II. Const. 24. def. 12. in fine* dicit, privilegium hypothecæ tacitæ pupillo concessum in bonis tutoris esse personalissimum, neque ad ejus heredes transire. Verum cum statim sequente *def. 13.* contrariam adstruat sententiam, liberabitur quidem ab hac objectione, non tamen ab omni contradictionis imputatione immunis est. Etsi igitur in genere sententia de hypotheca propter tutoriam administrationem concessa ad heredes transeunte, juris analogiæ sit convenientior, quod præter alios succinctæ ostendit B. Titius *ad Lauterbach. Observ. 663.* nihilominus quoad applicationem ad casus hypothecæ nostræ nova occurrit sententiarum pugna. Inter heredes, qui favore hypothecæ ratione pecuniæ lustricæ fruuntur, præcipuum locum obtinet *mater.* Quippe si liberi præmatura morte fuerint extincti, ad matrem dimidia pecuniæ lustricæ jure hereditario devolvitur, ejusque intuitu moto adversus patrem concursu ipsi conceditur hypotheca tacita. Hanc sententiam variis firmatam fuisse præjudiciis, testantur exempla apud rerum practicarum scriptores occurrentia. Vid. Rivin. *Enunciat. juris ad tit. 45. Ord. Proc. Sax. n. IV.* Adde

An in specie matri?

infra

infra §. ult. lit. f). Sed aliam ingreditur viam Mevius. Hic enim *Decision Part. IX. Dec. 63.* matrem ab hujus hypothecæ favore excludit, dum inter alia sic scribit: *Si liberi mortui sunt, & tunc vel uterque parens hereditatem defunctorum adiit, & quod retinuit maritus, uxor instar paraphernalium repetet; vel pater solus munera retinuit, & in suos usus convertit, atque successionis jus antea mater viro remisisse videtur, igitur ad illam petitionem redire nequit.* Etsi vero, quod ad primum hujus asserti membrum attinet, parum interesse videatur, utrum matri hypotheca detur ex causa pecuniæ lustricæ, an ex capite paraphernalium, cum & horum intuitu hypotheca ei adscribatur; magna tamen differentia sese exserit ratione termini, â quo hypotheca computanda sit. Si mater dimidiam hanc petit tanquam pecuniam lustricam, tunc collocatur inter hypothecarios à tempore, quo filius prædefunctus fuit baptizatus; Si vero instar paraphernalium, tunc non nisi à tempore aditæ hereditatis, quo dimidiam hanc rationibus mariti intulisse censetur, collocari poterit, & sic mater quoad petitionem suam hoc casu deterioris est conditionis quam priori. Equidem hæc Mevii decisio primo intuitu rationi juris maxime conveniens esse videtur, cum pro ea militet *l. f. C. de dot. convent.* in qua dicitur, quod paraphernalia sint, quæcunque præter dotem uxoris sunt penes maritum. Verum ipsa hæc ratio docere poterat Mevium, aliter quam ipse fecit, decidendam esse controversiam, & majori cura distinguendos esse casus diversos. Admittimus ipsius decisionem, si pater post aditam filii defuncti hereditatem, matri dimidiam pecuniæ lustricæ tradidit vel tradere paratus fuit, ipsa vero marito eam reddiderit, vel sponte reliquerit, tunc enim, quia ista pecunia facta est uxoris, incipit ex nova causa penes maritum esse & paraphernalibus erit accensenda. Aliud vero dicendum est, si maritus dimidiam matri non obtulit, sed *retinuit*, de quo casu Mevius loquitur; Hic pecunia remanet penes maritum, non tanquam res uxoris, sed filii, in

Mevio dissentienti respondetur.

cujus jus mater successit, itaque & idem favor qui filio ratione hujus petitionis competebat, matri tribuendus est. Ceterum non animadvertit Mevius, se, dum matri hypothecam tacitam propter pecuniam lustricam denegare voluit, longe majorem ei favorem tribuisse. Cum enim secundum quorundam locorum leges statutarias paraphernalia ratione privilegii personalis exæquata sint rebus dotalibus, quod & factum est in *Ordin. Proc. Magdeb. cap. 49. §. 24.* sine dubio ex ipsius hypothesi jus pinguius consequetur mater ratione dimidiæ ipsi competentis, quippe quoad hanc summam cum reliquis paraphernalibus collocanda erit ante hypothecarios simplices. Quæ vero Mevius in altero assertionis suæ membro profert, quod si pater solus munera retineat, & in suos usus convertat, mater jus successionis viro remisisse videatur, & ideo ad illam petitionem redire nequeat; ad ea facilis est responsio. 1) Remissiones jurium non præsumuntur, sed probandæ sunt, ideoque in dubio pater hæc munera retinuit salvo jure matris. 2) Si ex eo, quod pater solus munera retinuit, præsumendum est, quod mater remiserit jus succedendi, neque priori casu mater instar paraphernalium hanc pecuniam petere poterit; nam & ibi pater ea solus retinuit; quæ tamen consequentia manifestam involveret contradictionem. Sed satis de jure matris. Superest quæstio: An *cedi* possit hæc hypotheca extraneo? Et hic quidem nulla est dubitandi ratio, cum jura realia per cessionem in quemcunque extraneum transferri possint.

An cessionario?

II. quod detur in bonis parentis. An in bonis matris?

b) Quod in *bonis parentis* hæc hypotheca detur, id fluit ex ratione communi, quod pater pecuniam lustricam administret. Quid si vero pater matri hanc pecuniam administrandam reliquerit, & hæc eam in suos usus converterit, an tunc patris bona obligata manebunt? Videtur hic cessare ratio fundamentalis, propter quam in bonis patris statuta est hypotheca, scilicet administratio. Liberi itaque cum petitione sua remittendi erunt ad matrem, denegato ipsis

ipsis in bonis patris hypothecæ nexu. Ex quo fundamento Scabini Lipsienses mense Julio 1702. pro hypotheca liberorum quidem pronunciarunt, ita tamen ut tum demum locus ei esse debeat, wann deren Mutter, daß jedem so viel eingebunden worden, **und ihr Mann sich dessen angemasset**, endlich erhalten. Vid. Rivinus *in Enunciat. jur. tit. 45. p. 1556.* Verum rectius rationes subducunt, qui nullam hic admittunt exceptionem. Patris enim negligentia non potest præjudicium inferre liberorum juribus, sed sicut tutoris bona obligantur à tempore, quo administrare res pupilli debuit, etiamsi administrationem neglexerit vel alii commiserit *l. 20. C. de administr. tut. l. 1. C. si tut. vel curat. non gess.* ita hoc casu eadem decisio intuitu patris locum habere debet. Neque etiam huc pertinent casus, in quibus bona matris quoad hanc pecuniam obligata esse dicuntur, v. g. si mater vidua tanquam tutrix cum reliquis liberorum bonis eam administret. Quis enim sibi persuadeat, hypothecam quæ tunc liberis competit, esse eam, quæ specialiter propter pecuniam lustricam introducta est, cujus ratio ad matrem applicari nequit, cum vel dupondius videat, hic pecuniam lustricam sub generali obligatione, quæ pro officio tutelæ bona matris afficit, comprehensam esse. Ejusdem farinæ est quæstio, utrum in bonis tertii, cui pecunia lustrica à parente credita fuit, liberis concedenda sit hypotheca, de qua pluribus agit Beuther. *de jure prælationis Lib. I. cap. 2. p. 5.* Id enim quilibet facile largietur, qualitatem hypothecæ non esse ita indelebilem, ut cum pecunia transeat in quemcunque possessorem, sed eam cessare quamprimum pecunia ex patris administratione egressa est, novique debitoris bona nullo pignoris nexu teneri, pari ratione ac bona ejus cui pecunia pupillaris mutuo datur, ab isto onere libera manent, Carpz. *P. II. Const. 24. def. 14.* Nova tamen hic emergit dubitatio, an nihilominus filio integra maneat hypotheca in bonis patris. Negat id Beutherus *l. c.* eo casu, si pecunia data fuerit debitori, qui tempore con-

item tertii cui credita est.

An tunc liberetur pater?

contracti debiti, integræ fuit famæ ac fidei, licet enim post-ea nomen reddatur minus idoneum, nihil tamen à patre exigi posse. Ratio afferti rursus petita est à tutoribus. Uti enim hi extra culpam sunt, atque à præstatione nominis liberantur, in quo contrahendo debitam adhibuerunt diligentiam *l. 50. ff. de administr. & peric. tut.* ita nec pater ad restitutionem tenetur. Equidem notari meretur hæc decisio ideo, quod suppeditat exemplum, ubi hypotheca nostra suo destituitur effectu, inprimis quod ea autorem habeat Beutherum, qui alias extendendis hypothecarum juribus nimium indulget, ac proinde doctoribus summus hypothecarum artifex audit. Nihilominus tamen eadem assertio novum simul præbet exemplum conclusionis cum principiis doctrinæ communis non cohærentis. Tutori vi officii incumbit, ut pupillares pecunias elocet, alias ipse in usuras ejus pecuniæ, quam non fœneravit, convenitur, per *l. 15. ff. de administr. tut.* Carpzov. *P. II. Const. 11. def. 23.* itaque si in collocanda pecunia debitam præstiterit diligentiam, ad eam restituendam non tenetur, licet debitor postea non sit solvendo. Sed alia hic est ratio administrationis paternæ. Huic pecunia lustrica non committitur, ut fœnori eam exponat, sed ut servet liberis, vel in eorum impendat utilitatem. Quod si igitur eam elocet, suo id facit periculo, unde liberis tam repetitio pecuniæ quam hypotheca adversus patrem salva manere debet.

III. à tempore administrati baptismi. c) Cum *tempore baptismi* dona lustrica conferantur, ab eo etiam computatur terminus administrationis paternæ, & hypothecæ liberis concessæ, non vero à tempore, quo expensa est pecunia. Præterquam enim quod tempus, quo erogata est pecunia, plerumque sit incertum, atque hic multis inutilibus disputationibus ansa daretur, si ab eo initium hypothecæ deducendum foret, clara est decisio in *l. 6. §. ult. C. de bonis qua liberis.* quod intuitu bonorum maternorum & similium hypotheca in bonis patris incipere debeat à die susceptæ administrationis. Ita enim Justinianus:

nus: *Dubitabatur* inquit, *ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est? Compendiosa narratione interpretamur, initium gerendæ vel deserendæ administrationis esse spectandum, & non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit.* Cum igitur ex hac lege hypotheca extensa fuerit ab interpretibus ad quævis adventitia, & ad pecuniam lustricam vid. *Cap. præced. lit. bb.* ejus dispositio quoad terminum computandæ hypothecæ pariter observata est; id quod confirmant varia sententiarum exempla vid. Berger. *Oecon. juris p. 518.* Ejusd. *Electa Discept. forens. T. I. p. 1498. nota 5.* B. Stryk. *ad Brunnemanni jus Eccles. lib. 2. cap. I. membr. 2. §. 13. verb: tacita hypotheca &c.*

IV. ad consequenda munuscula à patrinis donata. Quid circa eorum demonstrationem obtineat.

d) Scilicet eum in finem data est hypotheca, ut salva sit liberis hæc pecunia. Fluit autem ex natura negotii, non simplici liberorum, aut qui nomine eorum petunt, assertioni fidem haberi posse ratione quantitatis, quam designant, sed hanc æque ac aliorum creditorum liquidationes demonstrari debere. Igitur per interlocutoriam demonstratio iis injungi solet: quo pertinet sententia Scabinorum Lipsiensium relata à Rivino *in Enunciatis jur. p. 1556.* Würde des Schuldeners Ehe-Weib das wegen ihrer Kinder mit liquidirte Pathen-Geld in Sächsischer Frist **bescheinigen**, inmassen ihr vor allen Dingen zu thun oblieget; So werden die annoch lebenden Kinder damit, und Sie mit der Helffte von denen Verstorbenen vermöge stillschweigenden Unterpfands, so von der Zeit, da jedes Kind getaufft worden zu rechnen, unter denen Gläubigern, die ein dinglich Recht haben, vergnügt ꝛc. Non sufficit vero ad hanc demonstrationem sola patris consignatio, inprimis si ea paulo ante motum concursum conscripta sit, cum in genere suspecta sit debitoris confessio, nisi alia accedant fidei adminicula, Mevius *P. VII. Decis. 143. n. 1.* Richter. *de privil. credit. cap. 1. n. 15.* Interim cum plerumque alia ratione vix constare possit de quantitate horum munerum, quam ex confessione parentum, præsertim si patrini non amplius sint in vivis, hinc tam

tam in casu consignationis paternæ, quam in reliquis, ubi mater nomine liberorum pecuniam petit, ad juramentum recurritur, atque matris conscientiæ determinatio quantitatis relinquitur, quorsum referenda est formula ex eodem Rivino *lit. b.* adducta: jedoch wann deren Mutter, daß jeden so viel eingebunden worden **eydlich** erhält. Imo & liberi si proprio nomine implorationem insinuaverint, ad jus jurandum admittuntur. Quem in modum pronunciavit Facultas Juridica Wittebergensis anno præterito in causa Joh. Michael Gederizschens: 12. Thl. Pathen Geld obbemeldten Gederizischen Kindern erster Ehe, vermöge stillschweigenden Unterpfandes. Es sind aber selbige den ihren *referirten* **Eyd**, daß das Pathen-Geld sich so hoch belauffe, **abzuschweren** schuldig. Ceterum in Saxonia certus præscriptus est modus, quem patrini in conferendis hisce muneribus observare debeant. Ita enim in *Ordinatione politica de a. 1661. tit. 17.* cautum est: Soll bey und von den Adel, unsern Räthen und hoch-graduirten Personen hinführo über einen Rheinischen Gold-Gülden oder zum höchsten einen Ducaten den Pathen nicht eingebunden werden, bey Bürgern und Handwercks-Leuten aber nicht über einen Reichs-Thaler oder Rheinischen Gülden, und dem Bauer 12. Groschen. Unde secundum hanc legem determinanda esse videbatur pecuniæ lustricæ quantitas, si liberi moto adversus patrem concursu eam sibi restitui petant. Verum adducta sententiarum exempla satis ostendunt, communiter istam legis dispositionem negligi, & quanquam Rivinus *l. c.* adserat, quod juxta hanc ordinationem determinatio fiat, si deficiat ratione quantitatis demonstratio; atque in hunc finem adducat sententiam Scabinorum Lipsiensium a. 1702. in concursu Christian Knieschens pronunciatam, ubi hæc occurrunt verba: Es ist aber die Mutter vor allen Dingen, daß es so viel gewesen, eydlich zu erhalten schuldig, wiedrigenfals werden mehr nicht als 3. Thlr. passiret; quilibet tamen videt, hanc & similes pronunciandi formulas non probare observantium dictæ ordinatio-

Peculiaris constitutio in Saxonia, quoad quantitatem hor. munerum.

nationis politicæ? quamdiu enim juramento locus relinquitur, non poterit usum habere determinatio in lege præscripta, quæ tamen regulæ loco, & non tanquam subsidiaria observari debebat. Postremo tangenda hic quoque est quæstio: An usuræ & emolumenta pecuniæ lustricæ una cum sorte peti possint? Facile vides, in utramque partem militare rationes pro diversitate hypothesium, quas Doctores ratione peculii & administrationis paternæ sequuntur. Qui pecuniam hanc in classem adventitii peculii referunt iis negativa amplectenda est, cum quicquid ex ea emolumenti redundaverit, jure peculii adventitii omne patri cedat. Verum cum ejusdem hypotheseos adsertores confugiant ad administrationem tutorio nomine a patre susceptam, tutor autem non solum ad rationes reddendas teneatur, sed & ad restituenda emolumenta, quæ ex re pupillari lucratus est, vel lucrari potuit, hinc idem de patre quoad pecuniam lustricam adfirmandum erit, & sic usuræ & emolumenta a liberis peti poterunt. Quam conclusionem admittere quoque debent illi, qui pecuniam lustricam in peculium castrense, quasi castrense & adventitium irregulare transformant. Nihilominus si decisa JCtorum, consulas usuras communiter silentio prætereunt, vel expresse rejiciunt. Facit huc sententia JCtorum Wittebergensium *lit. praced.* citata, ubi adjecta est formula: Wegen des Interesse von Pathen-Gelde hat der Gederizischen Kinder-Suchen nicht statt. Ratio cur negativa præferatur, sine dubio hæc est, quod pecunia lustrica, prout jam in antecedentibus adduximus, non detur enim in finem, ut usuræ ex ea quærantur, hinc quoad hoc caput a tutoria administratione in genere ad paternam intuitu pecuniæ lustricæ non admittitur consequentia. Beutherus tamen pro sua in dispensandis privilegiis indulgentia hic rursus de alieno liberalis est, atque liberis non usuras solum, sed omne emolumentum ac lucrum exinde ad parentem derivatum adjudicat. Ita enim *Lib. I, cap. 2. de jure pralat.* scribit: Es sey ja nicht un-

An & usuræ peti possint.

Beutheri opinio examinatur.

H freund-

freundlich noch den Glåubigen beschwerlich, daß den Kindern ihr Geld samt den gebührenden Interesse so es der Vater selbst gebraucht, oder aber mit dem Gewinn Nutzen und Besserung, im Fall es ihnen auf sondere Waaren angewendet worden, von und aus dem Gewerb abgezogen, separirt und den Kindern unverzögenlich eingehåndiget werde; *Siquidem in bonis patris tacitam habent hypothecam per l. cum oportet §. fin. C de bon. quæ lib. filius non portabit iniquitatem multo minus infortunium patris.* &c. Verum totum hoc ratiocinium nil nisi paradoxa continet. Quis enim sibi persuadeat, trahi huc posse jus aliquod separationis vel etiam quasi separationis, atque ad illud fundandum sufficere tacitam hypothecam. Id enim si admittas, quilibet hypothecarius jure separationis summam sibi debitam postulare poterit; Et licet Beutherum intelligere velis de jure vindicationis, quod competit dominis rerum adhuc extantium, vi cujus earum restitutionem extra concursum petunt, tamen neque hac ratione salvari poterit ejus assertio, quippe de pecunia quam pater in suos usus convertit, vel comparandis mercibus impendit, dici non potest, quod adhuc extet. Inprimis vero misera est ratio, propter quam usuras & emolumenta liberis adscribit. Posito enim quod ista concessio non sit inhumana, neque creditoribus onerosa, (quod tamen creditores non facile concedent) exinde tamen liberis non poterit tribui jus eas cum effectu petendi & quidem jure separationis. Sed non opus est hanc opinionem multis refellere, cum argumentorum, quibus nititur, imbecillitas cuilibet in oculos incurrat, potius addendum aliquid est de alia quorundam JCtorum opinione qui magis specioso juris colore ad vindicandum liberis pecuniæ lustricæ usumfructum utuntur; Scilicet eum non indistincte, sed ab eo demum tempore ex quo pater liberis non amplius alimenta præstitit, computandum esse censent. Observavimus hanc decisionem in sententia JCtorum Jenensium, ex qua *lit. f.* excerpta dabimus, ubi in Rationibus decidendi *sub. n. f.* ita scriptum est: Denen Kindern des Debito-

Uti & alia JCtorum Jenensium.

bitoris nachdem sie von dem Vater nicht versorget werden mögen, der Ususfructus von dem Pathen-Gelde nicht zu entziehen; At neque hæc sententia ita comparata est, ut veritatis studioso satisfaciat, idque patefcet eo magis, si causam quæ ei ansam dedisse videtur, indicaverimus. Scilicet animadverterunt, uxori dotem repetenti usuras quoque tribui ab eo tempore, quo alimenta a marito non accepit. Unde eodem juris favore liberos quoad pecuniam lustricam dignos esse judicaverunt. Verum ista argumentatio non rite procedit. Usuræ dotis, quæ uxori conceduntur, sunt damni compensatoriæ, non lucratoriæ. Cum enim dos illata sit ad ferenda onera matrimonii & sub conditione alimentorum a marito præstandorum, hinc illis cessantibus per usuras ei succurritur; Vid. Carpzov. *P. I. const. 28. Def. 166.* Mevius *Part. VII. Decis. 132.* Sed quomodo hæc applicabis ad pecuniam lustricam? An hæc datur ad ferenda onera matrimonii? An pater ideo liberis alimenta debet, quod sit administrator hujus pecuniæ? Id vero affirmare foret ridiculum, itaque nec affirmari poterit, cessantibus alimentis liberis deberi usuras hujus pecuniæ; Ejus enim intuitu nullum patiuntur damnum, ergo nec usuræ damni compensatoriæ iis adscribi possunt. Atque hæc sunt potiora momenta, quæ de qualitatibus hujus hypothecæ ex communi doctrina observanda erant. Superesse videtur, ut easdem secundum principia *Cap. 2.* a nobis posita consideremus. Verum cum ibidem in genere ostensum sit, nullam esse hypothecam liberorum non entis autem nullæ sint affectiones, hinc ab ista tractatione ipso jure immunes sumus. Quod vero ad hypothecam in lege nostra provinciali receptam attinet, hujus qualitates ex jam dictis illustrationem accipiunt; Ipsa enim hypotheca non alio ex fonte ad nos fuit derivata, quam ex doctrina communi. Specialior autem earum consideratio & cum fundamentis nostris collatio tamdiu a nobis seponitur, donec rationes, quæ usum hujus hypothecæ practicum convellunt, fuerint remotæ, de quibus nunc agendum est.

Cur non agamus de his qualitatibus secundum præsupposita nostra?

§. II.

Quæstio de usu hujus hypothecæ.

De usu practico hujus hypothecæ, si ex præjudiciis æstimandus esset, magnifice sentiendum foret. Abundamus enim exemplis rerum judicatarum tam in Saxonia, quam aliis Germaniæ provinciis e), imo & ratione Ducatus Magdeburgici negari non potest, praxin fori legi provinciali esse conformem f). Nihilominus cum non considerandum sit, quid fiat, sed quid fieri debeat, licebit quærere: An ista praxis sit genuina, an vero inter errores pragmaticorum referenda? g)

Ejus exempla in Saxonia aliisque provinciis.

e) De praxi *Saxonica* testantur præjudicia, quæ ex parte jam in præcedentibus citata sunt Ut ab antiquioribus incipiamus, extat ejus generis sententia a Scabinis Lipsiensibus pronunciata in Concursu H. W. zu Leipzig mense Jan. a. 1636. apud Carpzovium *P. II. Const. 24. Def. 18.* Alia exempla occurrunt apud Rivinum *in Enunciatis juris*, ut in Concursu Christoph Freybergers ad Prætorium Lipsiense mense Nov. 1683. & ad Senatum Stolbergensem in Michael Bechers Concurs mense Jul. 1702. Apud Bergerum in *Eccl. Disc. for. P. I. p. 1498.* provocatur ad sententiam Facultatis Wittembergensis latam ad interrogationem Senatus Stolpensis in Martin Grüzners Concurs mens. Jul. 1698. & in *Oeconom. jur. p. 518.* ad aliam in Melchior Seyfrieds Concurs zu Dreßden mense Jul. 1706. quibus adde aliam in Concursu Johann Michael Gederizschens a. 1716. *lit d. §. praeced.* a nobis adductam. Ad praxin aliarum provinciarum pertinet primo testimonium Mevii *P. IX. Decis. 63.* qui ita judicatum esse refert. in *Pomerania* Praxin *Marchicam* confirmat sententia Facultatis Francofurtensis pronunciata requisitionem judicis Berolinensis a. 1677. cujus mentionem facit Strykius in *Not. ad Brunnem. Jus Eccl. L. I. C. 1. m. 2.* Ad terras *Brunsvicensis* pertinet sententia JCtorum Jenensium lata mense Aprili 1692. & trans-

missa Guelferbytum, apud Lynckerum *Decis. 701.* Ad *Anhaltinas* sententia Facultatis Wittembergensis an den Rath zu Zerbst in Gottfried Calmusens Concurs mens. Febr. 1708. apud Beyerum in *posit. ad Pand. tit. in quib. caus. pign. tac. contr.* Et facile plura cumulari possent exempla, si alios Decisionum ac Consiliorum scriptores evolvere licuisset.

f) Ad confirmandam praxin Ducatus Magdeburgici recens tantum adducemus exemplum, scilicet sententiam in causa *J. F. R.* a JCtis Jenensibus pronunciatam & mense Martio a. 1716. in curia illustris Regiminis Magdeburgici publicatam. Ad scopum nostrum faciunt sequentia: *in Ducatu Magdeburgico.*

No. 7. 13. Thlr. 4. Gr. des Debitoris communis Ehe-Weibe wegen der Helffte des von ihrer Anno 1694. erzeugten und wieder verstorbenen Tochter Christinen Dorotheen ererbten Pathen-Geldes.

No. 8. 24. Thlr. Julianen Sophien R. des Debitoris Tochter Pathen-Geld wegen Anno 1695. erlangten stillschweigenden Unterpfandes.

N. 9. 21. Thlr. 8. Gr. Christian Friedlib. R. des Debitoris Sohne dergleichen von Anno 1697.

No. 10. 8. Thlr. 16. Gr. vorgedachter des Debitoris Ehe-Frau, wegen der Helffte des von ihrem Anno 1698. gebohrnen und kurtz darauff wieder verstorbenen Sohne Johann August ererbten Pathen-Geldes.

No. 11. 16. Thlr. 8. Gr. Johannen Sophien R. des Debitoris Tochter Pathen-Geld Krafft des von Anno 1704. habenden stillschweigenden Pfand-Rechts.

No. 12. 18. Thlr. 16. Gr. Christoph Gottfried R. des Debitoris Sohne dergleichen Pathen-Geld von Anno 1702.

No. 13. 20. Thlr. 8. Gr. Carl. Jacob R. des Debitoris Sohne ebenmäßig Pathen-Geld von Anno 1704.

No. 24. 16. Thlr. 16. Gr. abermahl des Debitoris Eheweibe, wegen der Helffte des von ihrer Anno 1708. gebohrnen

und das Jahr drauff wiederum verstorbenen Tochter Catharinen Dorotheen ererbten Pathen-Geldes.

No. 15. 18. Thlr. 16. Gr. Johann Friedrich R. des Debitoris jüngsten Sohns Pathen-Geld von Anno 1710. &c.

Rationes pro defendenda praxi Saxonica & reliquarum provinciarum.

g) Temeraria videbitur hæc quæstio iis, qui plus quam par est autoritati præjudiciorum tribuunt. Quod ergo inquient, usus practici documentum validum erit ac sufficiens, si sententiarum & rerum judicatarum uniformis consensus respuitur? An frustra statutum est a Callistrato in *l. 38. ff. de LL. autoritatem rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinere debere?* Quæ vero alia est vis legis, quam obligatio, quæ judicaturos obstringit, ut in casibus iisdem res antea judicatas tanquam regulam sequantur, a qua recedere non possint? Annon observantia jus facit? An negari potest, tot conformes Collegiorum juridicorum sententias per longum imo longissimum tempus observatas inducere observantiam? Annon præsumendum est, principes in quorum territoriis ejus generis sententiæ in rem judicatam transierunt, tacite approbasse hos actus uniformiter celebratos? Annon supra *Cap. I. §. 2. lit. c.* concessum est: Tacitum principis consensum quoad introducendam hypothecam tacitam idem operari atque expressum. Cur ergo quæritur: An praxis hujus hypothecæ sit genuina? Cur dibitatur de re certa, & ex propriis dubitantium argumentis demonstranda? Ad hæc fere capita resolvitur, quicquid nobis objici potest ab iis, apud quos hæc hypotheca sola præjudiciorum ac communis opinionis fundamento superstructa est; sed videamus, an hæc argumenta tanti sint, ut quæstio nostra temeritatis notam mereatur.

Earum insufficientia ostenditur.

Primo loco non negamus, sententiarum ac rerum judicatarum formulas magnum præbere argumentum usus practici, quoties de praxi legis sermo est. Inde vero haud poterit concludi, sententias absque legis autoritate pronunciatas ex hac sola ratione valere, quia sunt sententiæ;

Hæc

Hæc enim argumentatio manifeste petit principium. Deinde verum quidem est, in *l. 38. ff. de LL.* vim legis adscribi rebus judicatis; sed quibus? an iis quæ absque lege ex cerebro interpretum enatæ sunt? Minime. Clare enim rem definit Callistratus: *in ambiguitatibus legum* hanc qualitatem rebus judicatis tribuendam esse. Tantum ergo abest, ut ex adducto textu sententiis juris ratione destitutis autoritas concilietur, ut potius iis applicandum sit effatum Celsi in *l. 39. ff. de LL. Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* Falso itaque de observantia seu uniformibus Collegiorum juridicorum sententiis jus obligationis prædicatur. Conformitas enim in pronunciando oritur ex spontanea imitatione præjudiciorum præcedentium; At spontanea imitatio non obligat, ne quidem eum qui aliquoties actum aliquem imitatus est, multo minus vero aliis legem ponere potest, quibus justæ causæ sunt, cur aliam decisionem sequantur, & posito etiam, quod pronunciantes imitati sint ista præjudicia non sponte, sed ex præconcepta opinione, quod ab iis recedere non licuerit, id tamen nihil amplius probat, quam quod intuitu eorum error jus fecerit; minime vero, quod alii cœca imitatione ipsorum vestigiis insistere debeant. Plura argumenta hanc opinionem confutantia suppeditat Dissertatio Dni Præsidis *de jure consuetudinis & observantiæ* §. 44. 59. *seqq.* Ergo porro frustra præsidium quæritur in tacito principum consensu. Ex eo enim si lex tacita enasci debet, secundum ipsam communem hypothesin præcedere debent actus consuetudinis introductivi, quorum qualitas consistit in contradictione, per quam demum habiles redduntur, ut vim legis ac normæ communis nancisci possint; Ab ista vero qualitate quam longissime absunt sententiæ Collegiorum juridicorum pro hac hypotheca pronunciatæ. Nam licet liquidationibus pecuniæ lustricæ regulariter opponantur variæ exceptiones a Contradictoribus v. g. non fundatæ intentionis, nondum natæ actio-

actionis & ejus generis aliæ, his tamen non ipsum jus hypothecæ in controversiam vocatur, sed saltem de ejus applicatione litigatur, itaque etiamsi vel centum conformes sententiæ pro hypotheca latæ fuerint, quæ etiam ad principis pervenerint notitiam, nondum tamen dici potest, celebratos esse actus ex quibus oriatur consuetudo. Imo vero in hypothesi parum fundata est præsumtio quæ affertur, quod principes in quorum territoriis una vel altera sententia quoad hanc hypothecam vires rei judicatæ accepit, tacite ejus usum approbaverint; cum in contrarium militet præsumtio, eos ob paucitatem exemplorum, (quorum singula tantum in provinciis extra Saxoniam adducta sunt.) ne quidem notitiam rei accepisse, sine qua tamen secundum communia Dd. præcepta tacitus consensus locum habere nequit. Sed fortasse Saxones ad hunc tacitum principis consensum provocare poterunt, qui pluribus harum sententiarum exemplis gaudent. Ad quomodo possent, cum in *Resolut. gravam. de ao. 1661. tit.* von *Justitien* Sachen. §. *49.* clare sit dispositum: Daß kein Collegium Juridicum Macht haben solle, in denen Puncten, welche nicht mit deutlichen Worten in Constitutionibus, Landes- Gerichts- Policey-Ordnungen exprimiret, sondern per consequentias und Folgereyen daraus gezogen werden wollen, vor sich ohne unser Vorwissen, wieder das andere Collegium ex interpretatione einige observanz zu machen, &c. Cum vero hypotheca pecuniæ lustricæ, quanta quanta est, non nisi ex consequentiis & ex interpretatione *Ord. Proc. Sax.* fabricata sit, prout *cap. 1. lit. f.* indicavimus, hinc planum est, ejus usum ex Collegiorum juridicorum sententiis non comprobari, quæ sine expressa principis decisione nullam inducunt observantiam. Ac nihil moramur opinionem quorundam, qui hanc dispositionem restringunt ad eos tantum casus, ubi diffidia inter Collegia emergunt, ita ut conformibus eorum sententiis nulla hic scribatur dica. Fingamus enim hanc restrictionem, quæ tamen menti Legislatoris adversa est, recte

ſe habere, nihil tamen aliud per eam evincunt, quam quod conformes ſententiæ inducant obſervantiam tamdiu donec aliud Collegium vel alius judex ab ea ſeceſſum faciat. Ita vero nulla eſt obſervantiæ efficacia quoad obligationem; Ita dum aliquid dixiſſe voluerunt, nihil dixerunt. Denique omnibus, quæ hactenus laudatæ ſunt, ſententiis vehementer obſtat quæſtio præjudicialis, an rerum judicatarum titulo inſigniri poſſint. Quid ſi enim per remedia ſuſpenſiva fuerint impugnatæ, quid ſi per reformatorias correctæ; quid ſi bona debitoris communis non ſuffecerint ad ſolvendam hanc pecuniam, ita ut remedio ſuſpenſivo non fuerit opus. His ſane caſibus ſententiarum formulæ non magis uſum practicum probabunt, quam Reſponſa aut alia Doctorum practicorum teſtimonia. Hæc vero argumenta ſufficere arbitramur ad demonſtrandum, nos non ſine ratione dubitare, an uſus hypothecæ in terris Saxonicis ac reliquis quarum mentio facta eſt, pro genuino ſit habendus. De praxi Magdeburgica ſpecialis nunc inſtituenda eſt diſquiſitio, utpote quæ peculiari gaudet fundamento, expreſſa ſcilicet legis diſpoſitione. Sed propter hanc rationem eo minus locum invenire videtur noſtra dubitatio, imprimis cum ſupra *Cap. I. §. 3.* ipſi fateamur, de fundamento hujus hypothecæ nullam eſſe dubitandi rationem, quia lege provinciali de ea ſit cautum, ac porro *Cap. 2. §. ult. lit. dd.* concedamus, hanc hypothecam introductam eſſe ex miſericordia erga liberos, quorum parentes poſt diſperſum patrimonium triſtem ſentiunt fortunarum ſuarum exitum, ut aliqua tantum ratione ipſis ſubveniatur. Cum ergo ſententiæ hactenus pronunciatæ conveniant & verbis & rationi legis, quid amplius deſiderari poteſt? Ita ſane concludendum eſſet, ſi de pecunia luſtrica ſola hæc legis diſpoſitio apud nos extaret, ſed aliter judicabis, ſi ea quæ ſtatim adducemus, conſideraveris. Scilicet repetenda eſt ex *Cap. II. §. 3. lit. l.* duplex prohibitio, *Dubia adverſus praxin Magdeburgicam.*

 quam

quam ex Ordinatione Ecclesiastica *Cap. 3. §. 11.* & Ordinatione Politica *Cap. 40. §. 4.* adduximus, ubi munera lustrica in totum abrogantur. His jungendus est articulus 17. **der Hällischen Regiments-Ordnung** *§. 5.* qui hic est: Weil auch das Pathen-Geld zumahl bey itzigen kümmerlichen Läufften eine grosse Beschwerde unsrer Bürgerschafft, als wollen wir solches hiemit abgeschaffet haben. Accessit nova prohibitio in *Rescriptio ad Senatum Hallensem de dato 17. Oct. A. 1688.* cujus copiam ego magis hic inserendam esse duximus, cum in Corpore Constitutionum Magdeburgicarum ejusque Additionibus recens editis non reperiatur. Pertinent huc sequentia: Nachdem auch verlautet, daß das in unsrer Magdeburgischen Kirchen-Ordnung *Cap. 3. §. 11.* abgeschaffte Pathen-Geld heimlich wieder eingeführet, und von theils Sechs-Wöchnerinnen aufs Bette angenommen werden soll, So vernehmen Wir solches mißfällig, und befehlen euch gleichfalls hiermit in Gnaden, ihr wollet dieserwegen acht geben lassen, und wann dergleichen Ubertreter erkundiget werden, den Geber und Nehmer empfindlich bestraffen, vorhero aber ebenmäßig die Einwohner dafür von den Cantzeln warnen lassen. Atque ad eundem scopum facit §. 3. in Monitis Amplissimi Senatus **bey der Churfürstlichen** *Commission* **zur Kirchen-Schulen- und Hospital-** *Visitation* a. 1695. ibi: Das Pathen-Geld ernstlich und bey einer hohen Geld-Straffe abzuschaffen, und weder auf das Wochen-Bette noch auf die Wiege zu geben, auch dagegen Marcipan, Kuchen und Confect durchaus zu verbieten. Post hæc aliaque monita novum emanasse Rescriptum, vti harum periti adfirmant, quod tamen cum hactenus id investigare non licuerit, suo loco relinquo. Interim cum singulæ hæ prohibitiones, excepta unica, quæ in Ordinatione Ecclesiastica continetur, recentiores sint dispositione Ordinationis Processualis,

quæ

quæ hypothecam pecuniæ lustricæ adscribit, quid aliud exinde colligi potest, quam quod per eas hypothecæ sit derogatum. Non enim cum intentione Legislatoris tam severe & sub pœnæ communicatione usum pecuniæ lustricæ interdicentis consistere potest, ut res prohibita tam præclaro juris favore gaudeat. Atque hæ prohibitiones fortius præbent argumentum de sacratissima Ejus voluntate, quam dispositio de hypotheca pecuniæ lustricæ, quæ per ea quæ *Cap. 2. §. ult.* deduximus, primum ex imitatione Saxonicorum præjudiciorum in fora nostra irrepsit, deinde ex eodem imitationis studio Ordinationi processuali inserta, ac per confirmationem principalem vim legis nacta fuit, non attento, quod jam in Ordinatione Ecclesiastica pecunia lustrica ex terris hisce proscripta fuerit. Nec est quod forte objicias, magis respiciendum esse ad legem pro qua militet observantia tot iteratis actibus & sententiis tacite approbata. Nam frustra quæritur de approbatione tacita, ubi constat de voluntate contraria expressa. Imo hæc quæ venditatur observantia ne quidem eo nomine digna est, cum non animo derogandi legibus prohibitivis, sed potius ex inadvertentia invaluerit. Dum enim moto adversus patrem concursu liberorum nomine pecunia lustrica petitur, Contradictor autoritatem legis provincialis allegatum videns aut alias de justitia hujus petitionis ex doctrina communi persuasus, hic non disquirit, an aliæ adsint leges prohibitivæ hoc beneficium liberorum impugnantes, tantum solicitus est, ut suo fungatur officio, opponit aliquas exceptiones, ut aliquid dixisse videatur, reliqua legalitati judicantium relinquens. Ceteri creditores ex eadem persuasione frustraneum arbitrantur disputare de jure liberorum, pro quo textum legis provincialis & decisiones in terminis terminantibus apud Carpzovium, Mevium aliosque scriptores practicos militare vident. Collegia juridica, ad quæ Acta transmittuntur, non

aliter poſſunt pronunciare, quam ſecundum acta & deducta, itaque non mirandum, quod in deſignandis Creditorum claſſibus legem provincialem, ad quam provocatum eſſe vident, ſequantur, ac liberos ratione pecuniæ luſtricæ inter hypothecarios collocent. Ex his cauſis natæ ſunt, quas hactenus habemus pro hypotheca ſententias. Nunc judicet quicunque velit, an iis potius inhærendum ſit, quam legibus repetita vice omnem pecuniæ luſtricæ favorem abrogantibus. Tandem nec pro defendenda hac praxi aliquid momenti adfert, ſi quis ad rationem impulſivam hujus hypothecæ provocare velit, quæ eſt miſericordia erga liberos. Nam majori miſericordia digni ſunt reliqui Creditores, utpote qui certant tantum de damno vitando, liberis vero certant de captando lucro, munera enim luſtrica ſi cum aliorum Creditorum prætenſionibus conferantur, non alio quam lucri nomine venire poſſunt.

F I N I S.

